

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Compensation et insolvabilité

George, Florence

Published in:

Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2014, Compensation et insolvabilité: questions choisies. Dans *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013*. Commission Université-Palais, Numéro 149, Larcier , Bruxelles, p. 89-133.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

3

COMPENSATION ET INSOLVABILITÉ : QUESTIONS CHOISIES*

Florence George
assistante à l'U.C.L.
avocate

Sommaire

Introduction	90
Section 1	
Le mécanisme de la compensation	91
Section 2	
Compensation et faillite	95
Section 3	
Compensation et réorganisation	125

* L'auteur remercie vivement Me Seinlet et Me Colson pour leur relecture attentive et leurs précieux conseils.

Introduction

1. À la rencontre de la compensation et de l'insolvabilité. Le mécanisme de la compensation constitue un mode classique d'extinction des obligations connu de tous les juristes. Elle est devenue, au fil des années, un épouvantable labyrinthe pour le praticien. Son essor en droit de l'insolvabilité, compte tenu de la situation préférentielle qu'elle crée, la rend aujourd'hui incontournable. Les enjeux pour le débiteur qui fait face à une procédure d'insolvabilité sont de taille tandis que les institutions bancaires en sont particulièrement friandes. La présente contribution entend, de manière non exhaustive, développer, en les soumettant à la sagacité des lecteurs, quelques questions choisies.

2. Plan. Deux procédures d'insolvabilité ont retenu notre attention. Notre propos se limitera volontairement à la procédure de faillite et celle de réorganisation judiciaire.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur les principes généraux qui gouvernent le mécanisme de la compensation (sect. 1). Nous rappellerons successivement sa définition, ses fonctions, son fondement légal ainsi que les formes sous lesquelles elle se décline (A). Il nous sera également permis d'aborder, de manière plus générale, les effets et le sort de la compensation en cas de concours (B).

Le second volet de cette contribution sera consacré à l'incidence de la faillite sur la compensation (sect. 2). Nous examinerons, tout d'abord, le rôle progressif de la notion de connexité (A). Ensuite, l'impact de la loi sur les sûretés financières sera mis en exergue (B). L'analyse des faveurs octroyées par le législateur à l'administration fiscale suscitera également notre intérêt (C). Enfin, la compensation pendant la période suspecte et celle qui implique des dettes de la masse mériteront quelques développements et précisions complémentaires (D).

Nous clôturerons notre tour d'horizon par l'étude de la compensation en matière de réorganisation judiciaire (sect. 3). L'absence d'ouverture d'une situation de concours justifie un régime qui diffère de celui applicable en matière de faillite (A). L'examen approfondi du régime juridique de la compensation légale (B) et de la compensation conventionnelle (C) laisse planer, au-delà des règles précises fixées par le législateur, certaines incertitudes.

Section 1

Le mécanisme de la compensation

A. Brefs rappels

3. Définition. La compensation se définit, d'après P. Van Ommeslaghe, comme « le mode d'extinction de deux obligations en sens contraires existant réciproquement entre deux personnes, agissant en la même qualité, à concurrence de la dette la moins élevée, pour autant que soient réunies les conditions énoncées par le Code civil »¹. La compensation remplit généralement une double fonction². D'un côté, s'agissant d'un double paiement abrégé³, elle simplifie les opérations comptables. De l'autre, la compensation assure un rôle de garantie⁴.

4. Base légale. Initialement, la compensation était régie presque exclusivement par le Code civil. On retrouve, en effet, dans le chapitre V (De l'extinction des obligations) du Titre III du livre III du Code, une section IV intitulée « De la compensation ». Cette section comporte les articles 1289 à 1299.

Par la suite, de nombreuses législations particulières ont sensiblement modifié le régime de la compensation. On épingle, notamment, la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004⁵, de même que la loi-programme du 27 décembre 2004⁶ et, plus récemment encore, celle du 26 septembre 2011⁷.

¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2235.

² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 616, n° 617; M.E. STORME, « Schuldvergelijking en insolventie », in *Insolventie – en beslagrecht*, Bruges, Die Keure, 2009-2010, p. 23; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », *R.W.*, 2010-2011, p. 1370; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique: les grands traits de leur évolution depuis 1992 », in *Réalités et fictions du droit des garanties. Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 519.

³ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 616, n° 617; M. FORGES et S. MENSCHAERT, « Compensation », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. V.2.2-2; P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, pp. 2235-2236.

⁴ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 616, n° 617; M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-3.

⁵ L. 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

⁶ L.-prog. 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004.

⁷ L. 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011.

5. Formes de compensation. La compensation peut être légale, conventionnelle ou judiciaire⁸. La compensation légale a lieu de plein droit⁹, par l'effet de la loi, lors de la réunion de conditions cumulatives¹⁰. Elle implique l'existence de deux créances dans le commerce et saisissables, qui sont réciproques, entre deux personnes agissant en même qualité; ces créances doivent être fongibles, liquides et exigibles¹¹.

La compensation conventionnelle ne trouve, quant à elle, pas sa source dans la loi, mais dans le contrat conclu entre les parties¹². Elle n'exige donc pas la réunion des conditions de liquidité, de fongibilité et d'exigibilité (voire de réciprocité) fixées par la loi¹³.

Enfin, la troisième forme de compensation, la compensation judiciaire, relève d'une décision du juge¹⁴. Ce dernier supplée généralement à l'absence de liquidité de la créance¹⁵.

6. Les exceptions à la compensation légale. L'article 1293 du Code civil énonce trois cas où la compensation légale, malgré la réunion des conditions exigées, est exclue. Les trois hypothèses visées sont: la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé; la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage; la dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables¹⁶.

8 Voy. sur ces trois notions: R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Bruxelles, Larcier, 1977, pp. 293 et s.; R. HOUBEN, « Conventionele schuldvergelijking- compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en netting clausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen », *Jura Falc.*, 2004-2005, pp. 694 et s.

9 La compensation doit toutefois être invoquée (Voy. F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 228 avec les références citées).

10 J. ROODHOOF, « Compensation », in *Obligations-commentaire pratique*, Kluwer, suppl. 3, janvier 2002, p. V.3-12, n° 4332; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, op. cit., p. 2239. Voy. pour une reformulation des conditions, R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, 595 p.; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », *R.W.*, 2010-2011, pp. 1370-1383.

11 H. DE PAGE, op. cit., pp. 629 et s.; M. FORGES et S. MENSCHAERT, op. cit., pp. V.2.2-6 et s.; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique: les grands traits de leur évolution depuis 1992 », op. cit., pp. 519 et s.; R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, « Compensatieclausules », in *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules (volume II)*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 1149 et s.

12 R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, op. cit., p. 1155.

13 H. DE PAGE, op. cit., pp. 652-653, n°s 663-664; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique: les grands traits de leur évolution depuis 1992 », op. cit., p. 519. Sur la condition de réciprocité, voy. M. FORGES et S. MENSCHAERT, op. cit., p. V.2.2-17.

14 A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in *Actualités du droit des procédures collectives*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 26; M. FORGES et S. MENSCHAERT, op. cit., p. V.2.2-2; J. ROODHOOF, op. cit., p. V.3-22a, n° 4365. Voy. égal., E. DIRIX, « Gerechtighe compensatie en beslag in eigen hand », in *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 105 et s.

15 H. DE PAGE, op. cit., p. 655; R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, op. cit., p. 1155.

16 Voy. sur ces exceptions: M.-C. ERNOTTE, « L'extinction des obligations: la compensation », in *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. 27, Liège, Édition Formation Permanente CUP, 1998, pp. 293 et s.

De plus, l'article 1295 du Code civil prévoit que « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ». Le débiteur cédé, lui-même créancier du cédant, ne peut ainsi faire valoir l'exception de compensation à l'égard du cessionnaire lorsque la réunion des conditions de la compensation est postérieure à l'opposabilité de la cession^{17 18}.

Enfin, l'article 1298 du Code civil déjoue l'application de l'opération de compensation lorsqu'une des parties à la compensation se trouve en situation de concours. C'est principalement cette dernière exception qui retiendra notre intérêt.

B. L'incidence d'une situation de concours

7. Mutation de la fonction de garantie en droit de préférence. La compensation confère en quelque sorte à chacune des parties « un moyen très énergique d'exécution de sa créance, le refus de paiement de sa propre dette »¹⁹. Ce rôle de garantie se mue, lors de la survenance d'une situation de concours²⁰, en véritable droit de sûreté et de préférence²¹. En effet, le créancier qui peut se prévaloir de la compensation échappe à la loi du concours avec les autres créanciers²². On qualifie à cet égard la compensation de « sûreté issue de la pratique », de « mécanisme préférentiel de droit des obligations », de « mécanisme obligatoire de garantie » ou encore de « mécanisme conventionnel d'évitement du concours »²³.

8. Un obstacle à la compensation: l'article 1298 du Code civil²⁴. L'article 1298 du Code civil dispose que « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation ». Cette limitation prévue en présence d'une saisie-arrêt est étendue, par la doc-

17 M.-C. ERNOTTE, op. cit., p. 296.

18 Nous reviendrons rapidement sur cet art. 1295 C. civ., *infra*, n° 28.

19 H. DE PAGE, op. cit., p. 617: « Si l'une d'elles pouvait contraindre l'autre à payer sans que celle-ci puisse, en même temps, recouvrer sa propre créance, cette créance pourrait être compromise si, dans l'intervalle le débiteur qui a payé devient insolvable ».

20 Notons que cette notion regroupe des réalités de plus en plus protéiformes.

21 P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, op. cit., p. 2236.

22 H. DE PAGE, op. cit., p. 617; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, op. cit., p. 2236.

23 Voy. à ce sujet A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, pp. 865-866.

24 On rattache majoritairement aujourd'hui l'interdiction de compensation après faillite à l'art. 1298 du C. civ. Initialement, le fondement de l'interdiction faisait l'objet d'explications multiples. L'art. 444 de l'ancienne loi sur les faillites, banqueroutes et sursis du 18 avril 1851 était, par exemple, invoqué. Voy. *infra*, note n° 27.

trine et la jurisprudence unanimes, à toutes les situations de concours²⁵. La compensation est proscrite une fois la situation de concours survenue dans la mesure où elle préjudicie les droits des tiers. L'objectif sous-jacent tient au respect de la règle de l'égalité des créanciers^{26 27}. L'article 1298 ne s'applique toutefois que si les conditions de la compensation ne sont pas réunies avant le concours. Lorsque les conditions sont réunies préalablement, la compensation sortit ses effets.

9. Une interdiction de principe tempérée par plusieurs exceptions. L'interdiction de compensation après concours, édictée à l'article 1298 du Code civil, connaît plusieurs exceptions. Nous limiterons toutefois notre exposé aux hypothèses les plus fréquemment rencontrées.

La première exception, qui relève de l'œuvre créatrice de la Cour de cassation, exige la présence d'un lien de connexité entre les créances à compenser. Elle est consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 1961²⁸ (voy. *infra*, sect. 2, A).

La seconde découle de la loi du 15 décembre 2004²⁹ relative aux sûretés financières (ci-après dénommée « L.S.F. »). Seule la compensation conventionnelle est soumise à cette loi. L'exception ne vise désormais plus, suite aux dernières modifications législatives, les clauses de compen-

25 M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-11; J. ROODHOOFT, *op. cit.*, p. V.3-16; B. DE CONINCK, « Compensation légale et réciprocité entre deux dettes de nature quasi-délictuelle : connexité juridique ou coïncidence factuelle ? », note sous Comm. Marche-en-Famenne, 8 janvier 2007, R.G.D.C., 2008, p. 518; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », R.W., 2010-2011, p. 1374; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 520.

26 Voy. sur la règle de l'égalité des créanciers, F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 51 et s.; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115 et s.; Voy. égal. sur sa portée et les controverses y relatives, C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-137.

27 Les différentes raisons qui étaient initialement données à l'impossibilité de compenser sont reprises par P. COPPENS en ces termes : « 1) le créancier ne peut se payer lui-même, ce qu'il ferait au moyen de sa dette et serait contraire à l'égalité entre les créanciers (...) 2) le patrimoine actif est saisi, fixé, y compris la créance sur le débiteur-créancier. Sa consistance n'est plus modifiable (...) 3) Selon l'article 1298 du Code civil, la compensation n'a pas lieu "au préjudice des droits acquis des tiers". Or, la compensation nuirait aux droits des autres créanciers qui ont fait une saisie collective. 4) Art. 444 : nullité de tous les paiements faits après le jugement déclaratif. Or, la compensation est un "double paiement". 5) Défaut d'identité de titulaires (...) » (P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, vol. 5, *Les faillites et les concordats*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, pp. 783-784). Voy. égal. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial*, t. IV, *les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 520 et s.

28 Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440.

29 L. 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

sation conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes (voy. *infra*, sect. 2, B).

Enfin, le législateur est également intervenu au bénéfice de l'administration fiscale : un droit de compensation après concours lui est reconnu depuis la loi-programme du 27 décembre 2004³⁰ (voy. *infra*, sect. 2, C).

Nous reviendrons sur ces exceptions dans le cadre de la situation de concours par excellence que constitue la faillite.

10. Une question-clé : le concours. Nous avons vu que l'interdiction de compensation établie à l'article 1298 du Code civil était tributaire de l'existence d'une situation de concours. Or, la procédure de réorganisation judiciaire échappe à cette qualification. Le régime applicable reste par conséquent difficile à délimiter. Ces incertitudes justifient les développements que nous consacrons aux procédures instaurées par la loi sur la continuité des entreprises (Voy. *infra*, sect. 3).

Section 2

Compensation et faillite

A. Compensation et connexité

11. Introduction. Il est unanimement admis en doctrine³¹ et en jurisprudence³² que l'interdiction de compensation après faillite est écartée en présence d'un lien de connexité entre les dettes à compenser.

Ce tempérament n'a toutefois jamais été consacré par une disposition législative. Son origine est davantage doctrinale et jurisprudentielle.

Depuis sa consécration par la Cour de cassation et au fil des années, on constate une évolution marquante de ce concept de connexité. Son développement au sein du domaine bancaire pose néanmoins question.

12. Un souci d'équité. La doctrine inspirée par le modèle français a, dès le départ, jugé l'interdiction de compensation après faillite trop rigoureuse³³, voire injuste³⁴. Le créancier se voyait contraint de faire admettre sa créance au passif de la faillite tandis qu'il était obligé de payer à la masse la totalité de sa dette. J. Van Ryn et J. Heenen indiquaient à cet égard : « Appliquée rigoureusement, l'interdiction de toute compensation

30 L. prog. 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004.

31 L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 170; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 243; P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, *op. cit.*, p. 783.

32 Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440.

33 P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, *op. cit.*, p. 783.

34 L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 170.

heurerait parfois l'équité, en rompant l'équilibre que les parties auraient voulu établir entre leurs prestations respectives»³⁵.

Ce souci d'équité a très vite trouvé écho en jurisprudence³⁶: « Les juges ont commencé par justifier cette compensation malgré la faillite, en la rattachant à la notion d'un compte indivisible » avant d'étendre cette idée « pour expliquer la compensation dans d'autres hypothèses »³⁷.

En marge de cette idée de « compte unique », critère qui ne permettait pas de justifier de manière satisfaisante les solutions dégagées par les cours et tribunaux, est apparue une théorie inspirée par « la conception ancienne d'équité »³⁸. Selon ce courant doctrinal, la compensation doit s'opérer en présence de deux dettes qui dérivent d'une même source³⁹ et sont ainsi connexes (dettes connexes *ex eadem causa*)⁴⁰. Cette conception se fonde, en filigrane, sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution⁴¹. L'étroite parenté entre ces mécanismes est exprimée par L. Fredericq en ces termes: « En invoquant la compensation, le créancier rétenteur fait un pas de plus, tout en ne modifiant pas la nature de ses droits; il quitte la passivité pour prendre une attitude plus active aux fins de dénouer la situation; il ne retient plus simplement ce qu'il doit mais paye sa créance avec le dû qui en constitue le pendant »⁴².

Le malaise de la doctrine pour justifier la compensation après faillite est toujours perceptible. Comme le souligne M.-L. Stengers, « Son fonde-

35 J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 243.

36 Compensation à raison de l'indivisibilité du compte de communauté entre l'épouse du failli et ce dernier (Liège, 9 décembre 1852, *Pas.*, 1853, II, p. 198); compensation entre prime d'assurance due par l'assuré et indemnité due par l'assureur en faillite; compensation entre la créance d'un entrepreneur en faillite pour les travaux effectués et la créance d'indemnité du maître de l'ouvrage vu le retard dans l'exécution des travaux (Cass. fr., 16 mars 1882, *D.P.*, 1892, I, p. 232). Exemples explicités par L. FREDERICQ, *op. cit.*, pp. 171 et s.

37 L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 171.

38 Cette conception « veut que lorsque deux dettes existent, elles se tiennent réciproquement en échec (puisque l'une doit servir à couvrir l'autre) » (L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 174).

39 A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 522.

40 L. FREDERICQ, *op. cit.*, pp. 174-175 qui cite notamment les auteurs français Percerou et Desserteaux. Voy. Gand, 10 juillet 1947, *R.C.J.B.*, 1948, p. 53; Comm. Gand, 6 mars 1958, *R.W.*, 1958-1959, p. 1824; Comm. Saint-Nicolas, 22 novembre 1960, *R.W.*, 1960-1961, p. 949, cités par L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 175 et A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 522.

41 P. Van Ommeslaghe déclare que le « lien de connexité et le correctif d'équité qu'il inspire sont à la base d'institutions très voisines: compensation après faillite (...), exception d'inexécution, droit de rétention (...) tantôt on voit dans les trois institutions des applications de l'*exceptio non adimpleti contractus*, tantôt on les explique toutes les trois par l'idée de rétention » (*R.C.J.B.*, 1963, p. 70). Voy. sur les liens et les différences entre exception d'inexécution et compensation, M.-L. STENGERS, « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposées par le débiteur d'une créance cédée », note sous Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, pp. 356-367; M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite », note sous Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 360-363.

42 L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 174.

ment a été recherché par de nombreux auteurs qui ont fait appel, souvent simultanément, aux notions de compte indivisible, de connexité ou d'interdépendance entre les obligations, d'exception d'inexécution et de droit de rétention»⁴³.

13. Consécration de l'exception de connexité. Le 7 décembre 1961, la Cour de cassation rend un arrêt de principe. Elle consacre la règle selon laquelle la compensation reste opposable entre dettes connexes malgré la survenance d'une situation de concours⁴⁴.

Les faits du litige peuvent être résumés comme suit. Un contrat de sous-traitance est conclu entre des entrepreneurs de travaux publics (Tincke et Olivier) et leur sous-traitant (Mawet). Les entrepreneurs sont ensuite déclarés en faillite. Les curateurs réclament au sous-traitant des dommages et intérêts vu les malfaçons constatées. De son côté, le sous-traitant se prévaut de sa qualité de créancier pour le prix de l'entreprise. La cour d'appel constate qu'il y a connexité entre les créances respectives des parties (créance d'indemnité et créance de prix) dans la mesure où elles ont leur cause dans le même contrat synallagmatique et autorise la compensation. Les curateurs se pourvoient en cassation. La Cour rejette le pourvoi: elle estime que le juge a pu « décider, en raison du lien qui, suivant ces constatations, les unit, que la créance d'indemnité au bénéfice de la faillite et la créance du défendeur à charge de celle-ci devaient former un compte unique, "les deux créances se compensant à due concurrence", sans égard à la circonstance que le montant de la créance d'indemnité n'a été déterminé que postérieurement au jugement déclaratif de faillite ».

Cette exception de connexité vise une connexité « réelle », « objective » ou encore « juridique »⁴⁵. Cette dernière se distingue de la connexité conventionnelle et légale⁴⁶.

14. Évolution de la notion de connexité au travers des arrêts de la Cour de cassation. Suite à son arrêt de 1961, la Cour est amenée à se prononcer, à plusieurs reprises, sur le mécanisme de compensation après concours. Le chemin parcouru par notre Cour suprême depuis 1961 jusqu'à nos jours est marquant. Nous le brosons à gros traits, sans toutefois vouloir prétendre à l'exhaustivité.

Le 2 septembre 1982⁴⁷, la Cour abandonne au pouvoir souverain du juge du fond l'appréciation du lien de connexité, connexité comprise dans

43 M.-L. STENGERS, *op. cit.*, p. 360.

44 M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 301; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2258.

45 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 357.

46 Voy. sur ces concepts, M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 358-359.

47 Cass., 2 septembre 1982, *J.T.*, 1982, p. 739, *Pas.*, 1983, I, p. 3. L'arrêt est rendu en matière de concordat.

son sens objectif⁴⁸ : il incombe aux cours et tribunaux, « sur la base d'une appréciation en fait, et dès lors, souveraine des éléments de la cause » de décider de l'existence ou non d'un lien de connexité.

À l'occasion de l'arrêt du 28 février 1985⁴⁹, la Cour reconnaît ensuite, sur la base d'une convention d'association momentanée, la compensation stipulée entre les parties nonobstant la faillite de l'un des associés, entre, d'une part, les créances de l'associé failli (créances contre le maître de l'ouvrage) et, d'autre part, les dettes solidaires des associés (dettes envers les fournisseurs) apurées par l'associé non failli.

Cette décision donne lieu à de nombreux commentaires doctrinaux⁵⁰. Seuls les deux critiques et enseignements les plus saillants au regard du thème de notre contribution seront épinglés.

D'une part, la Cour opère, selon A. Meinertzhagen-Limpens, une confusion entre compensation conventionnelle et affectation des créances communes aux dettes communes⁵¹. Cette dernière déplore le fait que la compensation soit étendue à « des hypothèses où les dettes ne sont pas réciproques »⁵². En dépit de cette méconnaissance de l'exigence de réciprocité, la Cour de cassation décide que « l'arrêt considère légalement sur la base d'une appréciation en fait d'éléments de la cause, que, la convention d'association momentanée ayant été passée sans fraude entre la société faillie et un de ses créanciers, le lien étroit de connexité existant entre les créances et les dettes justifie que la compensation conventionnelle prévue au contrat s'opère entre elles, nonobstant la faillite (...) ».

D'autre part, une lecture attentive de cet arrêt permet de déduire le rejet par la Cour de « la possibilité de créer une connexité purement conventionnelle »⁵³. C. Parmentier met en évidence le fait que la Cour « reproduit la considération de l'arrêt attaqué que la convention ne créait "pas de lien factice" entre les créances et les dettes et que "ce lien résultait de la nature même de l'association momentanée et de stipulations d'indivisibilité qui en résultaient" »⁵⁴.

48 Voy. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 522.

49 Cass., 28 février 1985, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 571 et s., *J.T.*, 1986, pp. 578 et s., *R.W.*, 1985-1986, pp. 997 et s.

50 E. DIRIX, « De tegenwerpelijheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden », *R.W.*, 1985-1986, pp. 1005-1008; F. T'KINT, « Tijdelijke vennootschap », note sous Cass., 28 février 1985, *J.T.*, 1986, pp. 580-582; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané », note sous Cass., 28 février 1985, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 583-599; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1984-1990). Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 505-506.

51 Voy. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, pp. 583-599.

52 *Ibid.*, p. 593.

53 C. PARMENTIER, « Faillite et compensation », *J.L.M.B.*, 1995, pp. 1630-1631.

54 *Ibid.*

Quelques années plus tard, on assiste, dans un arrêt du 25 mai 1989⁵⁵, à un premier élargissement de la notion de connexité. Dans cette affaire, le juge du fond avait admis la compensation après faillite entre, d'une part, une créance de nature délictuelle et, d'autre part, une créance de nature contractuelle⁵⁶. L'institution financière condamnée à des dommages et intérêts suite à l'octroi d'un crédit illégal sollicitait la compensation avec la créance en remboursement du solde débiteur qu'elle détenait envers la société faillie⁵⁷.

La Cour ne censure pas la décision rendue au fond qui faisait référence à un lien d'étroite connexité entre les créances litigieuses qui procédaient d'une même cause⁵⁸. D'après les termes employés par la Cour, « l'arrêt a pu légalement décider sur la base d'une appréciation en fait des éléments de la cause qu'il existe entre la dette et la créance de la société faillie un lien de connexité étroit de nature à justifier qu'une compensation s'opère entre elles ».

Cet arrêt est critiqué par M. Van Quickenborne : « L'obligation de rembourser les avances consenties et celle d'indemniser ceux à qui l'octroi de ces avances a porté préjudice, ne forment pas un ensemble logiquement homogène, organique, dont l'équilibre doit être préservé après concours (...). L'arrêt donne l'impression que l'appréciation de la connexité juridique dépend (partiellement) d'une appréciation des faits de la cause. Nous estimons au contraire que la connexité juridique ou objective (...) dépend principalement, sinon exclusivement de la nature des rapports existant entre les obligations concernées »^{59 60}.

55 Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 348-354.

56 M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 306.

57 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 387.

58 La « cause unique » est désormais entendue comme un ensemble de faits, une même chaîne d'événements (Voy. A.-M. STRANART, « Les sûretés réelles traditionnelles – Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1992, p. 75; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 752; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 521).

59 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 387-389.

60 Voy. dans le même sens, B. De Coninck qui considère qu'« Il ne suffit pas, pour que les dettes soient connexes, qu'elles résultent d'une coïncidence de faits. Le lien de connexité entre les obligations en cause ne se conçoit, selon nous, que dans un rapport synallagmatique » (B. DE CONINCK, « Compensation légale et réciprocité entre deux dettes de nature quasi-délictuelle : connexité juridique ou coïncidence factuelle ? », note sous Comm. Marche-en-Famenne, 8 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 518-519).

Une nouvelle érosion du concept⁶¹ peut encore être décelée, plus récemment, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006⁶². La Cour semble, à l'occasion de cet arrêt, faire un pas en faveur de la connexité conventionnelle. Elle considère comme régulièrement motivé l'arrêt de la cour d'appel de Mons selon lequel « La clause de compensation générale, par laquelle elles (les parties) avaient placé leurs dettes réciproques dans un rapport purement conventionnel de connexité dans des conditions exclusives de toute fraude, se situait dans le cadre d'une opération économique globale »⁶³.

La connexité conventionnelle ne permet toutefois pas tout. L'arrêt du 24 juin 2010⁶⁴, qui concerne la compensation fiscale, nous livre un nouvel enseignement⁶⁵. La compensation entre une dette née avant la faillite et une dette née postérieurement est inopérante. La compensation doit viser deux dettes nées préalablement à la survenance du concours, peu importe le type de compensation. Cet enseignement est confirmé, en matière de compensation de droit commun, dans un arrêt du 4 février 2011⁶⁶: la compensation est exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, peu importe l'existence d'un lien de connexité. Il s'agit d'un premier coup de frein donné par la Cour à une tendance nettement favorable à la reconnaissance élargie de la compensation après concours.

15. La connexité objective, une notion polysémique. Le terme le plus fréquemment usité pour justifier la compensation après faillite est le lien étroit de « connexité »⁶⁷. Cette dernière notion revêt toutefois de nombreuses significations. Son domaine d'application est relativement large. Il importe donc de revenir sur cette notion de connexité objective. Les travaux de systématisation de M. Van Quickenborne⁶⁸ sur la notion de connexité sont particulièrement éclairants. Nous synthétisons ci-après son analyse et y renvoyons le lecteur pour le surplus.

61 Erosion déplorée par F. Georges et C. Musch (F. GEORGES et C. MUSCH, « Développements récents en matière de garanties mobilières et de cautionnement », in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 90).

62 Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645. Cet arrêt fut rendu en matière de concordat. Voy. sur cet arrêt, M. GRÉGOIRE, « Le sort des créanciers et leurs garanties », in *L'entreprise en difficulté. Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Antheunis, 2009, pp. 44 et s.

63 Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645. Cet arrêt fut rendu en matière de concordat.

64 Cass., 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2010, pp. 265-271, *R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845.

65 Voy. R. HOUBEN, « Het vereiste van tijdig bestaan van de te verrekenen vorderingen voor de schuldvergelijking na samenloop (in fiscale zaken) », note sous Cass., 24 juin 2010, *R.W.*, pp. 845-848.

66 Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 438, *R.W.*, 2011-2012, p. 488, note R. HOUBEN, *R.D.C.*, 2011, p. 877.

67 Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440; Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645; Cass., 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2010, pp. 265-271, *R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845.

68 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 354-390.

a) Le contrat synallagmatique constitue le terrain privilégié de la connexité objective⁶⁹. Il s'agit du cas de connexité par excellence dans la mesure où la « réciprocité des obligations est dans les contrats synallagmatiques, la base même du contrat »⁷⁰. Les obligations qui en découlent sont étroitement liées et interdépendantes⁷¹.

L'existence de contrats distincts ne crée toutefois pas d'obstacle à la reconnaissance d'une connexité pour autant que ceux-ci participent « d'un accord d'ensemble, d'une opération économique globale »⁷² et indivisible.

Le compte indivisible constitue également un domaine de prédilection de la connexité⁷³. Le cas classique est le compte courant au sein duquel toutes les dettes et créances respectives des parties se compensent. « L'intention des parties est, dès l'ouverture d'un compte courant, que ce compte forme un tout indivisible, dans lequel chaque opération inscrite perd son individualité, pour devenir un simple article d'un compte dont le solde seul constituera la dette ou la créance de l'une des parties. »⁷⁴.

b) La connexité se rencontre aussi en présence d'une obligation qui découle d'un contrat synallagmatique et d'une dette liée à l'inexécution de ce même contrat⁷⁵.

c) La connexité est encore établie entre les obligations réciproques nées de l'annulation ou de la résolution d'un contrat synallagmatique : « les obligations de restitution constituent (...) en quelque sorte l'image inverse des obligations originaires; elles se situent dans leur prolongement »⁷⁶.

Traditionnellement, ces trois hypothèses sont regroupées sous le vocable de rapports synallagmatiques : « Un tel rapport existe entre deux obligations réciproques, quelle qu'en soit la source, lorsqu'elles se tiennent mutuellement en équilibre, en telle sorte que l'extinction de l'une est inconcevable sans l'extinction de l'autre; elles seront payées simultanément ou elles ne le seront pas du tout, continuant à se neutraliser »⁷⁷.

d) L'allocation de dommages et intérêts complémentaires à la résolution du contrat peut-elle aussi être envisagée comme connexe aux obli-

69 M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 303.

70 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 359.

71 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 359; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique: les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 520.

Il en va de même en cas de conclusion d'une seule convention rédigée au moyen de plusieurs instruments (M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 364).

72 M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 303.

73 P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2261.

74 A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 527.

75 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 365 et 388.

76 *Ibid.*, p. 367.

77 *Ibid.*, p. 368.

gations dérivant du contrat ? Une réponse positive s'impose en doctrine et en jurisprudence^{78 79}.

e) Enfin, la connexité est reconnue en présence de contrats synallagmatiques imparfaits et de gestion d'affaires⁸⁰.

f) L'auteur exclut, par contre, la connexité en présence de dettes délictuelles réciproques⁸¹.

g) Un cas délicat mérite encore d'être soulevé. La question de la compensation entre dettes de nature différente (dette aquilienne et dette contractuelle) a suscité de vifs débats⁸². L'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1989 a toutefois mis un terme à cette controverse en admettant la compensation, peu importe la nature distincte des dettes. Sur le plan des principes, cette décision n'est pas exempte de reproches : la connexité ne peut être admise entre des dettes réciproques qui « ne coexistent que grâce à une coïncidence, dont la rencontre n'a rien d'essentiel ou d'organique, ne répond à aucune nécessité logique ou juridique »⁸³.

Certains auteurs vont jusqu'à préconiser d'appréhender la notion de cause comme un « ensemble de faits » ayant fait naître la créance et la dette à compenser⁸⁴. Une partie de la doctrine se montre toutefois réticente à approuver la solution⁸⁵.

16. La connexité conventionnelle. La notion de connexité objective renvoie à plusieurs hypothèses. En marge de ces hypothèses, de

78 Voy. M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 370 et les références citées en note 62 et 63. Voy. pour un exemple, Cass., 7 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 948 et s.

79 « La résolution d'un contrat synallagmatique pour cause d'exécution fautive donne lieu à des rapports qu'on pourrait qualifier de synallagmatiques au sens large du terme. Ces rapports synallagmatiques résultent indirectement du contrat synallagmatique initial » (M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 370).

80 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 372-373.

81 *Ibid.*, p. 374.

82 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 374 et s.; M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 304; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 521; F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, p. 90.

83 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 388. Voy. égal. sur le rejet de l'appréciation de la connexité sur la base d'une coïncidence de faits, B. DE CONINCK, « Compensation légale et réciprocité entre deux dettes de nature quasi-délictuelle : connexité juridique ou coïncidence factuelle ? », note sous Comm. Marche-en-Famenne, 8 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 518-519.

84 A.-M. STRANART, « Les sûretés réelles traditionnelles – Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1992, p. 75; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 752; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 520.

85 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, pp. 354-390; B. DE CONINCK, « Compensation légale et réciprocité entre deux dettes de nature quasi-délictuelle : connexité juridique ou coïncidence factuelle ? », note sous Comm. Marche-en-Famenne, 8 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 518-519. Voy. égal. de manière moins expresse, C. PARMENTIER, « Faillite et compensation », *J.L.M.B.*, 1995, pp. 1630-1631.

nombreuses interrogations ont émergé par rapport à l'efficacité d'une connexité purement conventionnelle. La discussion touche de manière plus large le domaine de la compensation conventionnelle⁸⁶. Le sujet a déjà fait couler beaucoup d'encre⁸⁷. La question qui se pose est la suivante : quel sort réserver à la connexité créée artificiellement par les parties ? Permet-elle d'aboutir à une reconnaissance, pratiquement absolue, d'une compensation conventionnelle après concours ? Nous tentons, dans le cadre de la présente contribution, de nous en tenir aux aspects les plus prégnants.

Nous avons vu (*supra*, n° 14) que, dans son arrêt du 7 avril 2006, la Cour de cassation avait entrouvert la boîte de Pandore en considérant que « la clause de compensation générale, par laquelle (les parties) avaient placé leurs dettes réciproques dans un rapport purement conventionnel de connexité dans des conditions exclusives de toute fraude, se situait dans le cadre d'une opération économique globale ».

La question des clauses d'unicité et de fusion de compte sont, par tant, revenues à l'avant de la scène^{88 89}. Initialement, la position adoptée par les cours et tribunaux était plutôt contrastée⁹⁰. Les clauses n'étaient pas toujours considérées comme efficaces, une fois la faillite survenue. On dénombrait en jurisprudence de nombreuses décisions en sens contraire⁹¹. Les juges du fond semblent, plus récemment, davantage enclins à suivre la tendance, favorable à l'opposabilité de telles clauses, amorcée par la Cour de cassation⁹².

86 Voy. *infra*, nos 19 et s.

87 Voy. not. F. DE PATOUL et P. BAUDOUX, « Le cautionnement d'une ouverture de crédit : effet du terme et clause de compensation entre la dette de la caution et sa créance à l'égard du banquier », *J.L.M.B.*, 1993, pp. 876-880; A. DEOME et O. POELMANS, « La faillite – Conditions et compensation, etc. », *D.A.O.R.*, 2005, pp. 42-49.

88 Sur ces notions et les controverses y afférentes, voy. M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, pp. 309 et s. Voy. égal. J.-P. BUYLE et O. POELMANS, « Insaisissabilité de l'ouverture de crédit. Unicité de compte. Effets d'une saisie en compte courant », obs. sous Bruxelles, 16 mars 1989, *J.T.*, 1990, pp. 290-294; R. HOUBEN, « Conventionele schuldvergelijking- compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en netting clausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen », *op. cit.*, pp. 721 et s.

89 Les deux clauses ne doivent cependant pas être confondues. La première renvoie à l'existence d'un seul compte divisé en plusieurs comptes rubriqués; la seconde crée une compensation conventionnelle entre plusieurs comptes distincts (Voy. D. VAN GERVEN, S. STIJNS et P. WERY, « Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.).

90 M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, pp. 309 et s.

91 En faveur de l'opposabilité, Mons, 20 décembre 1988, *Rev. Banc.*, 1989, p. 487, note M. DELIERNEUX; Bruxelles, 23 décembre 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 681, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX cités par A. DEOME et O. POELMAN, « La faillite – Conditions et compensation, etc. », *D.A.O.R.*, 2005, p. 21.

92 Les clauses d'unicité et de fusion de comptes pourraient toutefois être qualifiées d'abusives au regard des dispositions protectrices des droits du consommateur. Voy. sur ce point, M. Grégoire et V. de Francquen qui commentent l'arrêt de la cour d'appel de

Ainsi, par exemple, le tribunal de commerce de Verviers, dans sa décision du 26 août 2010, reconnaît-il l'existence d'un lien de connexité entre toutes les opérations bancaires de la banque avec son client⁹³.

17. Exemples de compensation après faillite. Les hypothèses concrètes de compensation après faillite se sont développées de manière significative au fil de la jurisprudence. Le contentieux est relativement important en la matière. Les exemples sont nombreux et variés. Nous épinglons les plus fréquents en évacuant délibérément les controverses relatives à l'appréciation (objective ou conventionnelle) de la condition de connexité.

La compensation fut reconnue après faillite dans les domaines suivants⁹⁴ :

— La vente

- Compensation entre la restitution de l'acompte et les dommages et intérêts complémentaires à la résolution⁹⁵;
- Compensation entre le prix et les dommages et intérêts suite à la résolution⁹⁶;

Liège du 26 janvier 2007 (M. GRÉGOIRE et V. DE FRANQUEN, « La loi sur les sûretés financières et la compensation », in *Sûretés et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 16-22).

93 Comm. Verviers, 26 août 2010, *Dr. banc. fin.*, 2010, p. 395, note R. HOUBEN. Voy. sur cette décision la critique de F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, p. 90.

94 Les exemples sont principalement tirés des ouvrages et études suivants : J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 244 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 696 et s.; P. COPPENS, « Examen de jurisprudence (1969-1974). Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1974, pp. 420 et s.; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1974-1979). Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 388 et s.; P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 784 et s.; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1984-1990). Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 506 et s.; J. CAEYMAEX, « La compensation après faillite », *J.L.M.B.*, 1995, pp. 150-151, note sous Comm. Charleroi, 16 février 1993; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1991-1996). Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 368 et s.; M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, pp. 303 et s.; D. VAN GERVEN, S. STIJNS et P. WÉRY, « Les obligations: le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1997-2003). Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 2003, pp. 655 et s.; A. CLOQUET, *op. cit.*, pp. 520 et s.; M.E. STORME, *op. cit.*, pp. 39-40; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », *R.W.*, 2010-2011, pp. 1370-1383.

95 Gand, 10 juillet 1947, *R.C.J.B.*, 1948, p. 53, note L. FREDERICQ; Liège, 29 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 975.

96 Comm. Verviers, 22 février 1968, *Jur. comm. Belg.*, 1969, p. 122.

— L'entreprise

- Compensation entre, d'une part, le prix des travaux et, d'autre part, l'indemnité pour malfaçons, inexécution partielle, rupture du contrat ou retard d'exécution⁹⁷;
- Compensation entre la dette de l'entrepreneur pour le solde des travaux et sa créance à l'égard du sous-traitant pour malfaçons⁹⁸;
- Compensation entre trois contrats d'entreprise distincts présentant une opération unique⁹⁹;

— Le domaine bancaire

- Compensation au sein d'un compte courant¹⁰⁰;
- Compensation entre les obligations réciproques d'agents de change résultant d'opérations de bourse en cours¹⁰¹;
- Compensation entre la dette du client résultant des avances octroyées par l'agent de change et la dette de restitution des titres de l'agent de change à l'égard du client¹⁰²;
- Compensation dans le cadre d'une convention d'unicité de compte¹⁰³;
- Compensation sur la base d'une clause de compensation-fusion de compte¹⁰⁴;

— Les assurances

- Compensation entre le solde du compte de l'intermédiaire et les commissions échues ou à échoir¹⁰⁵;
- Compensation pour un courtier entre la prime d'assurance dont il a fait l'avance et les indemnités encaissées pour l'assuré¹⁰⁶;

97 Bruxelles, 9 juin 1954, *J.T.*, 1954, p. 536; Comm. Gand, 6 mars 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. 1824; Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440; Comm. Bruxelles, 22 décembre 1964, *Jur. comm. Belg.*, 1969, p. 436; Liège, 2 février 1971, *J.L.*, 1970-1971, p. 250; Mons, 2 novembre 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 132; Liège, 30 mai 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 170.

98 Comm. Charleroi, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 147.

99 Liège, 30 janvier 1985, *J.L.M.B.*, 1985, p. 277.

100 Comm. Saint-Nicolas, 7 mai 1968, *Jur. comm. Belg.*, 1970, p. 373 (qui ne mentionne toutefois pas expressément la compensation).

101 Bruxelles, 22 avril 1970, *Pas.*, 1970, II, p. 180.

102 Gand, 17 novembre 1932, *Jur. comm. Fl.*, p. 281; Bruxelles, 31 janvier 1934, *J.T.*, p. 109.

103 Mons, 23 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1285; Comm. Charleroi, 11 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 180; Bruxelles, 16 mars 1989, *J.T.*, 1990, p. 288. Dans ce dernier arrêt, la cour d'appel précise toutefois que « les tiers ne pourraient toutefois se voir opposer une telle convention si cette convention d'indivisibilité ne reposait pas sur un fondement réel (...) cette unité n'avait, en l'espèce, rien d'artificiel ».

104 Bruxelles, 28 mai 1999, *R.G.D.C.*, 1999, pp. 598 et s.

105 Comm. Hasselt, 3 septembre 1981, *Jur. comm. Belg.*, 1982, p. 467; Anvers, 17 mai 1984, *Bull. ass.*, 1985, p. 471; Liège, 24 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2002, liv. 6, p. 402.

106 Comm. Ostende, 13 mai 1965, *R.G.A.R.*, 1967, p. 7848.

- Compensation entre les créances et dettes qui s'inscrivent dans les relations d'affaires normales entre le courtier et l'assureur¹⁰⁷;
 - Le droit des sociétés
 - Compensation entre le capital à libérer et le solde du compte courant de l'associé¹⁰⁸;
 - Compensation entre le capital à libérer par l'associé et la dette d'indemnité due suite à la pollution du sol¹⁰⁹;
 - Compensation entre la dette de paiement des fournitures et la dette pour le règlement de la valeur des parts¹¹⁰;
 - Le bail
 - Compensation entre le montant des loyers impayés et le montant à restituer par le bailleur de la garantie locative¹¹¹;
 - Compensation entre le montant à restituer par le bailleur de la garantie locative et les créances du bailleur¹¹².
- La compensation ne fut, par contre, pas admise :
- La vente
 - Pas de compensation entre le prix de diverses marchandises et les dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'une commande distincte¹¹³;
 - L'entreprise
 - Pas de compensation entre deux contrats distincts dans le même secteur : l'un relatif à des travaux de terrassement, l'autre à des parachèvements intérieurs¹¹⁴;
 - Pas de compensation entre des marchés divers et distincts¹¹⁵;

107 Gand, 6 décembre 2001, *D.A.O.R.*, 2002, pp. 428 et s.

108 Comm. Bruxelles, 25 janvier 2000, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 315; Liège, 14 avril 2005, *R.R.D.*, 2005, p. 227; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731; Liège, 6 décembre 2007, *R.D.C.*, 2010, pp. 259-260; Liège, 10 avril 2008, *R.D.C.*, 2010, pp. 262-265; Anvers, 10 décembre 2009, *R.D.C.*, 2010, pp. 266 et s. Voy. égal. J. EMBRECHTS, « Schuldvergelijking na faillissement tussen de vordering van de vennootschap tot volstorting en de rekening-courantvordering van de vennoot », note sous Liège, 6 décembre 2007, Liège, 10 avril 2008, Anvers, 10 décembre 2009, *R.D.C.*, 2010, pp. 260-261; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », note sous Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, pp. 733-737.

109 Sur le principe, voy. Gand, 19 septembre 2011, *R.W.*, 2012-2013, pp. 1389-1390.

110 Liège, 22 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 873.

111 Comm. Hasselt, 30 avril 1998, *R.D.C.*, 1998, p. 680, note W. DERIJCKE.

112 Anvers, 18 novembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 952 (sans toutefois qu'il soit fait mention expresse de la compensation).

113 Comm. Bruxelles, 11 juin 1968, *Jur. comm. Belg.*, 1968, p. 470.

114 Anvers, 8 juin 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 650.

115 Bruxelles, 12 décembre 1962, *Pas.*, 1964, II, p. 186; Comm. Alost, 17 janvier 1969, *R.W.*, 1969-1970, col. 287; Bruxelles, 23 juin 1982, *R.W.*, 1984-1985, col. 2070.

- Pas de compensation entre une créance de l'entrepreneur sur le coût des travaux et sa dette de cotisations de sécurité sociale¹¹⁶ (le maître de l'ouvrage se trouvait subrogé dans les droits de l'O.N.S.S.¹¹⁷);
- Le domaine bancaire
 - Pas de compensation entre la dette du client vu les avances octroyées par l'agent de change et la dette de restitution des titres de l'agent de change à l'égard du client¹¹⁸;
 - Pas de compensation entre les postes d'un compte par simple débit et crédit¹¹⁹;
- Les assurances
 - Pas de compensation entre les commissions dues au courtier et les primes à rapatrier à l'assureur¹²⁰;
 - Pas de compensation entre le prêt consenti par un assureur à un intermédiaire, en contrepartie d'une certaine fidélisation, et le contrat liant l'assureur et l'intermédiaire¹²¹.
- Le droit des sociétés
 - Pas de compensation entre la dette de libération du capital de l'associé et la créance de ce dernier pour livraisons impayées¹²²;
 - Pas de compensation entre la dette du gérant d'une S.P.R.L. résultant de prélèvements sur l'actif social et la dette de la S.P.R.L. résultant d'un prêt consenti par le gérant¹²³;
 - Pas de compensation entre la demande de libération du capital et la demande de remboursement des sommes d'argent prêtées ou mises à disposition¹²⁴;
 - Pas de compensation entre la dette de libération du capital de l'associé et sa créance résultant des prestations et des frais exposés pour la société¹²⁵;

116 Mons, 6 avril 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 585.

117 Comp. avec Cass., 6 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 248.

118 Comm. Bruxelles, 23 mars 1929, *Rev. faill.*, 1930, p. 200; Bruxelles, 3 janvier 1930, *Rev. faill.*, 1930, p. 300; Liège, 8 mai 1929, *J.L.*, 1929, p. 161; Liège, 17 février 1930, *Rev. faill.*, p. 173.

119 Comm. Gand, 5 décembre 1963, *J.T.*, 1964, p. 452.

120 Comm. Liège, 25 octobre 1983, *J.L.*, 1984, p. 612; Liège, 8 mai 1985, *J.L.*, 1985, p. 418; Comm. Audenarde, 13 décembre 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 2836; Liège, 25 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1775.

121 Mons, 2 juin 2003, *R.R.D.*, 2003, p. 275.

122 Comm. Mons, 10 novembre 1986, *Rev. prat. soc.*, 1987, n° 6425, p. 81.

123 Bruxelles, 30 avril 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 160.

124 Bruxelles, 15 septembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 91; Gand, 6 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 258; Anvers, 19 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1438.

125 Comm. Liège, 9 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2002, liv. 64, p. 418.

- Pas de compensation entre le capital à libérer et les avances en compte courant¹²⁶;
- Le bail
 - Pas de compensation entre des engagements réciproques des mêmes parties sur la base d'un contrat de bail et d'un contrat de travail¹²⁷;

L'analyse de la jurisprudence nous amène au constat suivant : malgré une évolution particulièrement favorable à la reconnaissance de la compensation, la jurisprudence reste encore fortement divisée.

18. Bilan. À l'instar de F. Georges et C. Musch¹²⁸, on remarque aisément en jurisprudence un certain détricotage de la notion de connexité.

Comprise initialement dans un sens purement objectif, la connexité est aujourd'hui appréciée de manière très large¹²⁹. La jurisprudence évolue vers la reconnaissance d'une connexité conventionnelle.

Le lien étroit de connexité constitue pourtant une exception au principe d'interdiction de compensation après faillite. Il est utilisé comme régulateur équitable¹³⁰ afin d'éviter de porter atteinte au principe de l'égalité des créanciers.

Sous peine de réduire le concept de connexité à une coquille vide¹³¹, il importe selon nous de revenir, de manière beaucoup plus rigoureuse, à une connexité objective et au principe selon lequel « Ce qui est déterminant, en fin de compte, c'est que les obligations réciproques s'intègrent dans un ensemble cohérent, qu'elles poursuivent une finalité commune et qu'elles concourent à l'économie d'une relation globale, lui donnent un sens et une utilité et assurent son équilibre »¹³².

B. Compensation et loi sur les sûretés financières

19. Introduction. Une deuxième exception à l'interdiction de compensation après faillite dérive de la loi sur les sûretés financières¹³³. Cette

126 Comm. Tongres, 19 février 2009, *R.W.*, 2008-2009, pp. 1778-1779.

127 Cass. fr., 31 janvier 1984, *Dalloz*, 1984, *Inf. rap.*, p. 303.

128 F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, pp. 90 et s.

129 Voy. la comparaison avec le droit de rétention, E. DIRIX et S.C.J.J. KORTMANN, « Compensation en cursus creditorum », *T.P.R.*, 1989, p. 1664.

130 F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, p. 89.

131 Voy. F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, pp. 90 et s.

132 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 388.

133 L. 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

exception concerne exclusivement la compensation conventionnelle¹³⁴ qui tombe sous son champ d'application.

Ainsi, en présence d'une clause de compensation, le premier réflexe est de déterminer si la clause est régie par les articles 14 et 15 de la L.S.F. Dans l'affirmative, il y aura lieu de vérifier la réunion des deux conditions fixées dans ces articles (pt 1). À défaut, un retour aux principes de droit commun s'impose (pt 2).

1. Compensation conventionnelle régie par la L.S.F.

20. À l'origine : une directive¹³⁵. La L.S.F. est issue de la transposition de la directive européenne 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière¹³⁶. L'objectif de cette directive est de « créer un régime communautaire efficace, simple et peu coûteux concernant la constitution des garanties, partiellement soustrait aux effets de certaines règles en matière d'insolvabilité, tout en assurant la sécurité juridique des garanties fournies sous forme dématérialisée et la validité des clauses d'usage du bien nanti »¹³⁷.

21. Transposition large. La transposition de la directive en droit belge a abouti à un résultat qui dépassait les exigences minimales voulues par le législateur européen¹³⁸. Par l'adoption de la loi du 15 décembre 2004, on a ainsi vu naître un corpus de règles qui « renforcent l'efficacité des sûretés financières » en procédant à « une simplification de leur régime »¹³⁹. Parmi ces nouvelles règles, on relevait notamment un principe très large d'opposabilité des conventions de *netting* nonobstant la survenance d'une situation de concours¹⁴⁰. Le fait que le champ d'application de la directive était étendu « au-delà des limites du fonctionnement

134 Il s'agit de la deuxième forme de compensation (voy. *supra*, n° 5). Les parties à un contrat conviennent de compenser les dettes réciproques issues de leurs relations en dérogeant, le cas échéant, aux conditions de la compensation légale. Il existe une grande variété de clauses de compensation. Certaines vont jusqu'à créer une connexité purement conventionnelle entre les dettes et créances des parties (voy. *supra*, n° 16; A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », *op. cit.*, p. 32).

135 Voy. sur cette directive R. HOUBEN, « Conventionele schuldvergelijking- compensatie-clausules, rekening-courant-bedingen en netting clausules : een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen », *op. cit.*, pp. 747 et s. Voy. égal. R. HOUBEN, « Contractuele compensatie na samenloop- De nieuwe regeling nader beschouwd », *R.W.*, 2005-2006, pp. 1161-1172.

136 Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *J.O. L*, n° 168, 27 juin 2002, p. 43.

137 C. POULLET, « Les garanties financières : une efficacité renforcée au détriment des droits des créanciers », *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 246.

138 C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », *op. cit.*, p. 102.

139 *Ibid.*, p. 247.

140 M. GRÉGOIRE et V. DE FRANQUEN, *op. cit.*, pp. 8 et s.

des marchés financiers pour y inclure toutes les transactions portant sur des espèces ou des instruments financiers, quelle que soit la qualité des parties contractantes»¹⁴¹ fut très vite mis en évidence.

22. Les conditions des articles 14 et 15 de la L.S.F. Qu'en est-il plus précisément de cette large opposabilité des conventions de *netting*?

Les conventions de *netting* sont définies à l'article 3, 4°, de la L.S.F. Il s'agit des « conventions de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale ». Les conditions d'opposabilités de ces dernières sont établies au sein des articles 14 et 15 de la loi qui disposent:

Art. 14: « § 1. Les conventions de *netting*, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à nover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées (...) ».

Art. 15: « § 1^{er}. Les conventions constitutives de sûreté réelle et les conventions de *netting* sont valables et opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de procédure d'insolvabilité ou de saisie ou en cas de situation de concours, si la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la survenance d'une saisie ou d'une situation de concours, ou si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation (...) ».

En réalité, ces deux dispositions consacrent expressément l'efficacité de la compensation conventionnelle¹⁴² malgré la survenance d'une situation de concours et le prescrit de l'article 1298 du Code civil. L'opposabilité des clauses de compensation est toutefois subordonnée à la réunion de deux conditions. D'un côté, la créance et la dette à compenser doivent exister¹⁴³ lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance d'une situation de concours, étant toutefois entendu que l'absence

141 M. GRÉGOIRE, obs. sous C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 46. Voy. aussi R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », note sous C.C., 27 novembre 2008, *R.D.C.*, 2009, pp. 502-507.

142 À l'exclusion des conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes (voy. *infra*, nos 25-26).

143 Voy. C. BODDAERT, « Stof voor discussie: het begrip "bestaande vordering" in art. 14 Wet Financiële Zekerheden », note sous Comm. Anvers, 25 février 2008, *R.W.*, 2008-2009, pp. 973-976; C. BODDAERT, « Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden », *Dr. banc. fin.*, 2010, liv. 4, pp. 240-255 et plus particulièrement les nos 13 et s.; E. DIRIX, « Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling », in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 40, n° 29; M.E. STORME, *op. cit.*, pp. 50 et s.

de liquidité, d'exigibilité ou de connexité importe peu¹⁴⁴. De l'autre, la convention de *netting* doit avoir été conclue avant la survenance du concours ou de la procédure d'insolvabilité (sauf ignorance légitime).

23. Constitutionnalité des articles 14 et 15. La transposition de la directive 2002/47/CE¹⁴⁵ au-delà de la sphère financière et interbancaire fixée au niveau européen¹⁴⁶ a très vite suscité de vives réactions. Les institutions bancaires se trouvaient particulièrement avantagées par le mécanisme. En tant que dépositaires des fonds du débiteur, il suffisait aux banques, en cas de survenance de situation de concours, d'invoquer la compensation conventionnelle entre leur créance à l'égard du débiteur et la dette de restitution des avoirs du débiteur. Ce faisant, la banque échappait au concours entre les créanciers et se payait par priorité.

La question de la différence de traitement entre plusieurs catégories de créanciers est rapidement remontée jusqu'à notre Cour constitutionnelle.

L'affaire soumise à la Cour concernait deux personnes physiques qui avaient ouvert différents comptes auprès d'un établissement de crédit¹⁴⁷. Vu leurs difficultés financières, elles sollicitent leur admission au règlement collectif de dettes. Suite à la décision d'admission, la banque opère une compensation entre, d'une part, le solde créancier du compte épargne de leur client et, d'autre part, le solde débiteur de leur compte à vue. Le médiateur conteste la compensation. L'affaire est alors portée devant le juge des saisies de Neufchâteau.

La Cour constitutionnelle est ensuite invitée, sur question préjudicielle, « à se prononcer sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 14 et 15, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2004 (...), lus en combinaison avec les articles 1675/7 et 1675/9, § 1^{er}, 4°, du Code judiciaire, en ce qu'ils permettent que les conventions de *netting* soient opposées aux créanciers et aux tiers moyennant le respect des conditions prévues par lesdits articles, notamment en cas de situation de concours »¹⁴⁸. J. Windey synthétise clairement la problématique de l'éventuelle discrimination: « Se posait à la Cour constitutionnelle, la question de savoir si les articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004, en s'appliquant à la situation de surendettement, étaient susceptibles de créer

144 M. GRÉGOIRE, obs. sous C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 46; C. ALTER, « La loi relative aux sûretés financières », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, p. 642; F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, pp. 90 et s.

145 Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *J.O. L*, n° 168, 27 juin 2002, p. 43.

146 F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », obs. sous C.C., 27 novembre 2008, arrêt n° 167/2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 821.

147 Voy. *ibid.*, pp. 821 et s.

148 C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 44, note M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, note F. GEORGES, *N.j.W.*, 2008, p. 925, note E. DIRIX.

en faveur des établissements bancaires un avantage disproportionné par rapport aux autres créanciers, par hypothèse soumis aux conséquences du concours né de l'ouverture de cette procédure et partant aux règles plus strictes de la compensation»¹⁴⁹.

24. Arrêt du 27 novembre 2008. Dans son arrêt du 27 novembre 2008¹⁵⁰, la Cour décide qu'« En ce qu'ils sont applicables à des personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce », les articles 14 et 15, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2004 violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour fonde notamment sa décision sur l'examen des travaux préparatoires: la volonté du législateur n'était vraisemblablement pas d'étendre les articles 14 et 15 aux personnes physiques non-commerçantes.

Le considérant B.8.2. revient sur les motifs qui sous-tendent la décision de la Cour:

« Eu égard à l'objectif de croissance économique et de stabilité financière que le législateur entendait poursuivre dans le secteur bancaire et financier, la mesure qui consiste à permettre aux établissements de crédit de faire valoir une convention de *netting* pour échapper à la règle du concours n'est pas pertinente en ce qu'elle est applicable à des débiteurs qui sont des personnes physiques et qui, compte tenu de leur situation de surendettement, se voient contraints d'introduire une requête en règlement collectif de dettes.

Selon les travaux préparatoires, ces deux objectifs visent plus particulièrement les personnes « fortunées » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1407/001, p. 11) ou, à tout le moins, porteuses de titres (*Doc. parl.*, 2004-2005, DOC 51-1407/002, p. 14) ».

25. Portée de l'arrêt. Les commentaires doctrinaux ont fusé à la suite de cet arrêt¹⁵¹. La motivation de la décision n'a manifestement pas emporté la conviction de nombreux auteurs¹⁵². E. Dirix et R. Houben reprochent à la Cour une vision dépassée par rapport à nos voisins euro-

149 J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique: les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 548.

150 C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 44, note M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, note F. GEORGES, *N.j.W.*, 2008, p. 925, note E. DIRIX.

151 Voy. E. DIRIX, « 'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes », obs. sous C.C., 27 novembre 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 926; F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *op. cit.*, pp. 821-827; M. GRÉGOIRE, obs. sous C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, pp. 46-47; R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, pp. 502-507; F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, pp. 90 et s.

152 E. DIRIX, « 'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes », *op. cit.*, p. 926; R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, pp. 505 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2264.

péens¹⁵³. La fonction de garantie de la compensation doit, d'après eux, rester au cœur du débat. De surcroît, R. Houben allègue que, contrairement à la position adoptée par la Cour, la stabilité financière dépend également de la position de force¹⁵⁴ du créancier à l'égard de son débiteur. Il critique encore la comparaison opérée par la Cour entre les différentes catégories de créanciers et défend l'idée selon laquelle il reste logique que le créancier qui s'est réservé le bénéfice d'une sûreté soit privilégié par rapport au créancier chirographaire¹⁵⁵. F. Georges livre une critique plus nuancée¹⁵⁶ basée sur la remise en cause du critère adopté pour juger de l'opposabilité aux tiers de la compensation: l'appréciation de la qualité de la personne du débiteur en insolvabilité aurait dû céder la place à celle de la situation des tiers créanciers.

Les auteurs s'accordent toutefois pour dire que la Cour constitutionnelle a sonné le glas d'une reconnaissance quasiment absolue de la compensation conventionnelle¹⁵⁷. L'enseignement de la Cour et les limitations apportées à la compensation conventionnelle peuvent être étendus à tous les cas d'insolvabilité¹⁵⁸, tandis que la compensation qui ne tombera plus sous le champ d'application de la L.S.F. sera soumise aux principes de droit commun¹⁵⁹.

26. Modifications de la loi du septembre 2011. Dans la droite ligne des enseignements de la Cour, le législateur a revu sa copie. La loi du 26 septembre 2011 écarte désormais du champ de la L.S.F. les conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes¹⁶⁰.

153 E. DIRIX, « 'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes », obs. sous C.C., 27 novembre 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 926; R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, pp. 505 et s.

154 Position de force qui découle, notamment, du bénéfice d'une sûreté.

155 R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, pp. 505 et s.

156 F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *op. cit.*, pp. 821 et s.

157 Voy. E. DIRIX, « 'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes », *op. cit.*, p. 926; F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *op. cit.*, pp. 821-827; M. GRÉGOIRE, obs. sous C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, pp. 46-47; R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, pp. 502-507; F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, pp. 90 et s.

158 F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *op. cit.*, p. 827; R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, p. 505.

159 E. DIRIX, « 'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes », *op. cit.*, p. 926; R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen *netting* », *op. cit.*, p. 505.

160 Art. 20 de la loi du 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opé-

La réforme législative, amorcée par la Cour constitutionnelle, ne vient, par contre, pas bouleverser les conditions d'opposabilité (contenues aux art. 14 et 15 de la L.S.F.) des conventions de *netting* conclues entre des commerçants¹⁶¹.

27. La non-application des articles 17, 2°, et 18 de la loi sur les faillites. La protection des créanciers du débiteur failli instaurée par la L.S.F. ne se limite pas au principe d'opposabilité (opposabilité conditionnée par le respect des art. 14 et 15) des clauses de compensation conclues entre commerçants. Les actions en inopposabilité prévues aux articles 17, 2°¹⁶², et 18¹⁶³ de la loi sur les faillites sont également paralysées conformément à l'article 16, § 3, de la L.S.F. Partant, le curateur ne pourra remettre en cause les paiements effectués, pendant la période suspecte, par compensation pour dettes échues ou non échues. Il sera privé de son droit de solliciter en justice l'inopposabilité à la masse de la compensation intervenue¹⁶⁴. Par contre, le curateur conserve le droit d'agir sur le pied des articles 17, 1°¹⁶⁵, et 20 de la loi sur les faillites. Ce dernier article fait, en réalité, écho à l'article 1167 du Code civil et aux principes de l'action paulienne^{166 167}.

28. Cession et exception de compensation : article 1295 du Code civil¹⁶⁸. Un autre renforcement de la protection conférée par la L.S.F. se rapporte à l'article 1295 du Code civil.

Cet article vise l'hypothèse où une des parties au contrat cède sa créance à un tiers. Dans ce cas, la question se pose de savoir si le débiteur

rations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011.

161 *Voy. supra*, n° 22.

162 Cet article sanctionne d'inopposabilité, s'ils ont été réalisés durant la période suspecte, les paiements par compensation pour dettes non échues et pour dettes échues. Il vise uniquement la compensation conventionnelle. *Voy. la note 207*.

163 L'article 18 dispose : « Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif, peuvent être déclarés inopposables à la masse, si de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont lieu avec connaissance de la cessation de paiement ». *Voy. infra*, n° 40.

164 Sur les actions en inopposabilité, *voy. F. T'KINT et W. DERIJCKE, La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-273 ; C. CAUFFMAN, « Artikel 17-20 Faill.W. », in *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, Anvers, Kluwer, 2009, II.G.11-1 – II.G.11-41 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 443.

165 *Voy. sur les cas visés par cet article, A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », op. cit.*, p. 41.

166 C. BODDAERT, « Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden », *op. cit.*, pp. 240-255, n° 38.

167 L'art. 20 de la loi sur les faillites dispose : « Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu ».

168 *Voy. R. HOUBEN, « Schuldvergelijking bij cessie en posterieure samenloop », R.D.C.*, 2008, pp. 679-687.

cédé peut opposer au cessionnaire l'exception de compensation en se prévalant de la créance dont il est titulaire à l'égard du cédant.

L'article 1295 du Code civil règle, en droit commun, la question comme suit : « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ». Appliqué de manière rigoureuse, ce principe veut que, peu importe l'existence d'un lien de connexité^{169 170}, si « les conditions de la compensation sont réunies postérieurement à l'opposabilité de la cession, le débiteur cédé ne peut faire valoir l'exception de compensation »¹⁷¹. À l'inverse, le débiteur pourra opposer au cessionnaire toute compensation intervenue antérieurement¹⁷².

Les conventions de *netting* qui répondent aux conditions de la L.S.F. bénéficient d'un régime différent. La cession de créance n'entrave pas le mécanisme de la compensation¹⁷³ : l'article 1295 du Code civil est privé d'effets¹⁷⁴. L'exception de compensation peut donc être opposée par le débiteur cédé au cessionnaire pour autant que la conclusion de la convention de *netting* soit antérieure à la notification ou la reconnaissance de la cession¹⁷⁵.

L'arrêt de la Cour de cassation du 5 octobre 2012 a récemment confirmé « l'interprétation généralement admise selon laquelle l'efficacité de la convention de *netting* résiste en principe à la cession ultérieure à un tiers d'une des créances réciproques »¹⁷⁶.

169 *Cass.*, 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 569, note B. DE CONINCK. *Voy. égal. R. HOUBEN, « Schuldvergelijking bij cessie en posterieure samenloop », op. cit.*, pp. 679-687.

170 *Voy. pour une critique de l'arrêt du 26 juin 2006, la note très intéressante de B. DE CONINCK, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », R.C.J.B.*, 2007, pp. 577-610. L'auteur défend l'idée d'une survivance du lien de connexité à l'effet translatif de la cession de créance qui permet au débiteur cédé d'invoquer l'exception de compensation.

171 M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 296.

172 P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2160.

173 *Voy. au sein de l'art. 14 de la L.S.F. la mention : « nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent ».*

174 *Voy. M. GRÉGOIRE et V. DE FRANQUEN, op. cit.*, pp. 12-13 avec les références citées ; B. DE CONINCK, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », note sous *Cass.*, 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 607 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 2160 ; *Cass.*, 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 976-978 ; F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous *Cass.*, 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 978-981 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2226.

175 F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », *op. cit.*, p. 979. La condition de bonne foi dans le chef du débiteur exigée à l'art. 1691, al. 2, du C. civ. est toutefois maintenue.

176 F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », *op. cit.*, p. 979.

2. Compensation conventionnelle régie par le droit commun

29. Régime de droit commun. À défaut de tomber sous le champ de la L.S.F. ou de répondre aux conditions fixées aux articles 14 et 15, c'est le régime de droit commun qui aura vocation à s'appliquer aux conventions de *netting*.

Pour rappel, le droit commun érige en principe l'interdiction de compensation après concours et tempère celle-ci par une exception de connexité. À cet égard, le lecteur est renvoyé aux développements susmentionnés sur la connexité (renvoi *supra*, nos 11 et s.).

30. La connexité créée artificiellement. On perçoit, dans l'hypothèse qui nous occupe, tout l'intérêt qu'il y a à créer conventionnellement une connexité artificielle. En procédant de la sorte, les créanciers et plus généralement les institutions de crédit, se réservent la possibilité d'invoquer une clause de compensation après la survenance d'une situation de concours. Quand bien même la clause de compensation échapperait à l'emprise de la L.S.F., il reste possible aux créanciers de solliciter la compensation après faillite en invoquant l'exception de droit commun qui fait appel au lien étroit de connexité, lien créé conventionnellement.

On constate, malgré les réticences de nombreux auteurs¹⁷⁷, une tendance favorable à la reconnaissance du principe d'opposabilité aux tiers de la compensation fondée sur une connexité de type conventionnelle (voy. *supra*, nos 14 et s.).

C. Compensation fiscale¹⁷⁸

31. Retour en arrière: interdiction de compensation à l'égard de l'État. « Les créances relatives aux impôts, taxes et cotisations de sécurité sociale de l'État, et plus généralement des pouvoirs publics ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une compensation légale »¹⁷⁹. Telle était la solution classique, vœu du législateur de 1804.

¹⁷⁷ B. DE CONINCK, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », note sous Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 577-610. B. DE CONINCK, « Compensation légale et réciprocité entre deux dettes de nature quasi-délictuelle: connexité juridique ou coïncidence factuelle ? », note sous Comm. Marche-en-Famenne, 8 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 518-519; F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, pp. 89 et s.

¹⁷⁸ Nous renvoyons le lecteur aux références suivantes: M. DE THEÏE, « Fiscale schuldvergelijking », note sous Civ. Bruxelles, 13 mai 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1070-1072; F. DESTERBECK, « De schuldvergelijking in fiscale zaken », note sous Civ. Anvers, 2 février 2007, *T.F.R.*, 2008, pp. 149-150; A. DAYEZ, S. SCARNA et R. THONET, « Commentaire art. 334 L-prog. 27 décembre 2004 », *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2008, pp. 49-56; A. VAN HOE, « Fiscale schuldvergelijking en nieuwe activiteiten van de gefailleerde: dode hoek in het vermogensrecht », *T.F.R.*, 2013, pp. 506-510.

¹⁷⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2267 qui cite H. DE PAGE.

Des controverses sur l'étendue de cette interdiction surgirent toutefois¹⁸⁰. Les cours et tribunaux se démarquèrent à plusieurs reprises de la règle de l'interdiction¹⁸¹ tant vis-à-vis de la compensation invoquée par le contribuable que de celle avancée par le fisc. Un courant doctrinal enclin à l'admission de la compensation proposée par les pouvoirs publics vit par ailleurs le jour¹⁸².

C'est cette dernière solution qui fut couchée sur papier dans l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004¹⁸³. Dans cet article, le sort de la compensation après situation de concours est également réglé. Une nouvelle dérogation à l'interdiction de compensation après faillite est établie par le législateur au bénéfice du fisc. Notre attention portera sur ce dernier point.

32. Une compensation au profit de l'administration fiscale. L'interdiction de compensation après faillite est battue en brèche depuis l'entrée en vigueur de l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004¹⁸⁴, modifié par la loi du 22 décembre 2008¹⁸⁵.

Cet article dispose actuellement que:

« Toute somme à restituer ou à payer à une personne, soit dans le cadre de l'application des lois d'impôts qui relèvent de la compétence du Service public fédéral Finances ou pour lesquelles la perception et le recouvrement sont assurés par ce Service public fédéral, soit en vertu des dispositions du droit civil relatives à la répétition de l'indu, peut être affectée sans formalités et au choix du fonctionnaire compétent, au paiement des sommes dues par cette personne en application des lois d'impôts concernées ou au règlement de créances fiscales ou non-fiscales dont la perception et le recouvrement sont assurés par le Service public fédéral Finances par ou en vertu d'une disposition ayant force de loi. Cette affectation est limitée à la partie non contestée des créances à l'égard de cette personne. L'alinéa précédent reste applicable en cas de saisie, de cession, de situation de concours ou de procédure d'insolvabilité ».

¹⁸⁰ Voy. les références citées par M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 297, notes 64 et 65.

¹⁸¹ Liège, 24 décembre 1948, *Pas.*, 1969, II, p. 70 et Cass., 1^{er} juin 1948 cités par P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2268.

¹⁸² Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 2268 qui renvoie à M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, n° 12, p. 22.

¹⁸³ L-prog. 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004. Voy. sur cette loi, J.-M. DELCOUR, C. DELVAUX, F. REMACLE et A. RÖMER, « La loi programme du 27 décembre 2004: examen de quelques dispositions à caractère fiscal », *Pacioli*, 2005, pp. 1-5.

¹⁸⁴ L-prog. 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004. L'art. 334 a subi quelques modifications suite à l'entrée en vigueur d'une loi-programme du 22 décembre 2008 (voy. F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *op. cit.*, p. 825, note 19; F. DESTERBECK, « De schuldvergelijking in fiscale zaken: verdere evolutie », *T.F.R.*, 2009, pp. 314-315).

¹⁸⁵ L-prog. 22 décembre 2008, *M.B.*, 29 décembre 2008. Cette loi élargit le champ d'application de l'art. 334 qui vise désormais tous les impôts et les créances non-fiscales dont la perception ou le recouvrement est assuré par le S.P.F. Finances.

Le législateur autorise ainsi la compensation légale au bénéfice de l'administration fiscale, malgré l'existence d'une situation de concours, lorsque cette dernière est débitrice du contribuable. La compensation n'est conditionnée par aucune exigence de connexité. Certains auteurs parlent d'ailleurs d'une véritable compensation *sui generis*¹⁸⁶.

Il s'agit d'une nouvelle prérogative taillée sur mesure pour les créanciers fiscaux. La compensation constitue, parmi beaucoup d'autres¹⁸⁷, une mesure de faveur et cause de préférence dont jouit aujourd'hui le fisc¹⁸⁸.

Les avantages concédés au fisc par le législateur n'ont pas manqué de donner lieu à de nombreuses questions préjudicielles, vu le traitement différencié des créanciers. L'articulation de ces arrêts aboutit à un paysage à « géométrie variable »¹⁸⁹ de la compensation. Les enseignements livrés par nos plus hautes juridictions ne permettent malheureusement pas de dégager une vue d'ensemble du régime¹⁹⁰.

33. Arrêt de la Cour d'arbitrage du 19 avril 2006¹⁹¹. La Cour d'arbitrage, rebaptisée Cour constitutionnelle fut, suite à l'adoption de la loi, saisie de questions préjudicielles, sur la constitutionnalité des dispositions qui dérogent au régime de l'égalité des créanciers.

La Cour estime, dans un premier temps, que la différence de traitement entre le fisc et les autres créanciers en concours repose sur un critère objectif, à savoir la qualité du créancier.

186 A. DAYEZ, S. SCARNA et R. THONET, « Commentaire art. 334 L.-prog. 27 décembre 2004 », *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2008, p. 49.

187 Hypothèque légale, privilège du préalable et de l'exécution d'office, retenue T.V.A., saisie-arrêt simplifiée, ... (voy. F. GEORGES, « Analyse critique des prérogatives des créanciers fiscaux et sociaux dans la pratique notariale », *Rev. not. belge*, 2009, pp. 491-515).

188 Dans son étude publiée à la Revue du notariat, F. Georges s'interroge sur l'ensemble de ces mesures de faveur (F. GEORGES, « Analyse critique des prérogatives des créanciers fiscaux et sociaux dans la pratique notariale », *op. cit.*, pp. 491-515). Voy. égal. A. DAYEZ, S. SCARNA et R. THONET, « Commentaire art. 334 L.-prog. 27 décembre 2004 », *op. cit.*, p. 56.

189 F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », *op. cit.*, pp. 978-981.

190 À cet égard, M.-F. RIGAUX indique que « Certes, on peut être désorienté par les paramètres sur lesquels la Cour s'appuie : parfois, elle met en exergue la qualité du bénéficiaire de la compensation (le fisc), parfois, celle du débiteur (la personne physique non-commerçante surendettée), parfois les créanciers en concours. Il ne faut pas négliger cependant que c'est au regard de lois différentes (loi sur la faillite ou loi relative au règlement collectif de dettes), mettant par conséquent en cause des personnes dont la situation n'est pas nécessairement comparable que la Cour est appelée à répondre aux diverses questions dont elle est saisie » (M.-F. RIGAUX, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité* (M. DAL et A. ZENNER coord.), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 51).

191 Voy. pour une critique de l'arrêt, F. GEORGES, obs. sous C.C., 19 avril 2006, *J.T.*, pp. 702-703. Voy. égal. M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 47 et s.

La mesure est, selon la Cour¹⁹², en rapport avec les objectifs du législateur, à savoir résorber l'arriéré fiscal et éviter que des crédits d'impôt soient remboursés à un redevable encore débiteur pour une autre taxe de l'administration fiscale. La Cour est d'avis que « le produit de l'impôt étant affecté à des dépenses publiques qui visent à la satisfaction de l'intérêt général, il doit être admis qu'il puisse être dérogé aux règles de compensation du droit commun ». « Le mécanisme de compensation légale contesté n'est pas une mesure disproportionnée affectant la situation des autres créanciers, compte tenu des objectifs de résorption de l'arriéré fiscal et d'efficacité de la procédure de recouvrement qui conduisent par ailleurs le législateur à permettre la surséance indéfinie au recouvrement de certains impôts. »

La Cour consacre la constitutionnalité de la prérogative accordée à l'administration fiscale¹⁹³. Elle ajoute que « l'évolution du droit de l'insolvabilité et du droit des sûretés a multiplié les mécanismes permettant aux créanciers de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de leurs débiteurs, en dérogation au principe de l'égalité des créanciers ».

La constitutionnalité de l'article 334 de la loi-programme est réaffirmée dans un arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 juin 2006¹⁹⁴.

34. Arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2009¹⁹⁵. La Cour constitutionnelle vient toutefois tempérer ces développements particulièrement propices à une compensation fiscale sans limites.

La question préjudicielle qui est posée à la Cour est étrangère à celle soumise à son appréciation en 2006. Il s'agit, en l'espèce, de se prononcer sur « la compensation entre des dettes fiscales afférentes à une période antérieure à la faillite et une créance fiscale liée à une opération réalisée dans le cadre de la gestion de la faillite »¹⁹⁶.

La Cour décide que l'article 334 de la loi-programme viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il « autorise, dans l'hypothèse d'une faillite, la compensation entre une dette fiscale antérieure à la déclaration de faillite et une créance fiscale née des publications imposées au curateur d'une faillite »¹⁹⁷.

La Cour estime que « Les frais de publication, qui constituent des dettes de la masse, engendrent, en effet, un *boni* de T.V.A., qui constitue

192 C.A., 19 avril 2006, *J.T.*, 2006, pp. 701 et s., note F. GEORGES.

193 V. SAGAERT, « Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking. Over de groei(pijnen) van een verbintenisrechtelijk zekerheidsmechanisme », in *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenisrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 240.

194 C.A., 21 juin 2006, *R.W.*, 1996-1997, p. 1193, *F.J.F.*, 2006, p. 879.

195 C.C., 19 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 827, note F. GEORGES. Voy. égal. sur cet arrêt, M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 48-49.

196 C.C., 19 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 827, note F. GEORGES.

197 *Ibid.*

une créance de la masse d'une nature différente de celle des créances nées d'opérations antérieures à la faillite.

La circonstance que le produit de l'impôt est affecté à des dépenses publiques qui visent la satisfaction de l'intérêt général ne suffit pas à justifier qu'il soit de la sorte porté atteinte aux droits du curateur qui, dans le cadre de l'exercice de la mission qui lui est légalement confiée, est tenu de procéder à des publications dont il ne pourrait raisonnablement être admis qu'il en supporte la charge fiscale».

F. Georges épingle deux questions qui restent en suspens au vu de la spécificité de l'affaire soumise à la Cour: «on peut se demander si l'enseignement de la Cour serait identique dans l'hypothèse où il ne serait pas question d'une créance fiscale issue d'une opération que le curateur avait l'obligation légale d'accomplir. Reste également incertain le sort des créances fiscales de la masse dans une autre hypothèse que celle de la faillite, eu égard au statut particulier du curateur»¹⁹⁸.

35. Arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2010¹⁹⁹. Parallèlement, la Cour de cassation est également saisie de la problématique de la compensation légale au profit du fisc. La question se pose de savoir si la compensation peut s'opérer entre deux dettes réciproques si l'une est née avant la faillite et l'autre postérieurement, suite à la poursuite des activités du failli.

La Cour de cassation limite la portée qu'entend donner l'administration à l'article 334 de la loi-programme. La Cour rappelle l'enseignement de droit commun selon lequel «la compensation est exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, même s'il y a connexité».

Bien que l'article 334 déroge à l'article 1298 du Code civil en prévoyant une compensation après concours, cette dérogation ne vise que les créances nées avant la situation de faillite²⁰⁰. La Cour décide que l'article 334 ne peut être examiné comme permettant «à l'État de déroger fondamentalement au principe d'égalité et au principe de fixation qui sont à la base des articles 1298 du Code civil et 17.2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. L'article 334 de la loi-programme ne permet dès lors pas de compensation entre une créance fiscale née avant la déclaration de faillite du redevable et les crédits fiscaux qui doivent être rembour-

198 F. GEORGES, «Inconstitutionnalité (très) partielle de la compensation fiscale nonobstant concours», *J.L.M.B.*, 2009, pp. 831-832, note sous C.C., 19 mars 2009.

199 Cass., 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2010, pp. 265-271, *R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845, note R. HOUBEN.

200 Sur cette question, voy. R. HOUBEN, «Het vereiste van tijdig bestaan van de te verrekenen vorderingen voor de schuldvergelijking na samenloop (in fiscale zaken)», *op. cit.*, pp. 845-848.

sés au curateur en raison des opérations commerciales poursuivies par lui après la déclaration de faillite du redevable concerné».

À ces restrictions apportées par nos plus hautes juridictions à la compensation fiscale succède un arrêt qui inverse la tendance et confirme la constitutionnalité de l'article 334 (voy. *infra* n° 36).

36. Arrêt de la Cour constitutionnelle du 13 décembre 2012²⁰¹. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 13 décembre 2012²⁰², n'invalide pas la mesure fiscale fixée à l'article 334 de la loi programme. Elle semble opter pour une voie plus souple que celle dans laquelle la Cour de cassation s'est engagée²⁰³.

La Cour constitutionnelle rappelle d'abord l'enseignement de la Cour de cassation selon lequel la compensation prévue par la disposition en cause ne vaut que pour les créances qui sont nées avant la déclaration de faillite. Elle assimile ensuite les créances nées de la nouvelle activité du failli à des créances nées avant la faillite et décide que la compensation s'applique «entre les dettes fiscales du failli nées avant la faillite et les créances découlant de l'exercice d'une activité nouvelle du failli avant la clôture de celle-ci».

D'après la Cour, «B.4.1. Si, en règle, la compensation prévue par la disposition en cause ne vaut que pour les créances qui sont nées avant la déclaration de faillite (Cass., 24 juin 2010, C.09.0365.N.), elle s'applique aussi entre les dettes fiscales du failli nées avant la faillite et les créances découlant de l'exercice d'une activité nouvelle du failli avant la clôture de celle-ci.

En effet, les créances découlant de l'activité nouvelle du failli avant la clôture de la faillite font partie de la masse, au même titre que celles nées avant la faillite (Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1987, n° 115).

B.4.2. Dès lors, en permettant de compenser, avec des dettes fiscales nées avant la faillite, tant les créances fiscales découlant d'activités exercées par le failli avant la faillite que celles découlant de l'exercice d'une nouvelle activité du failli entre le jugement déclaratif de la faillite et la clôture de celle-ci, la disposition en cause n'est pas incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution».

201 C.C., 13 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 960, note F. GEORGES, *T.F.R.*, 2013, p. 503, note A. VAN HOE.

202 Voy. sur cet arrêt, F. GEORGES, «La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable», *op. cit.*, pp. 980-981; A. VAN HOE, «Fiscale schuldvergelijking en nieuwe activiteiten van de gefailleerde: dode hoek in het vermogensrecht», *T.F.R.*, 2013, pp. 506-510.

203 Voy. pour un cas d'application très récent des arrêts de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle, Mons, 27 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 772-775.

D. Cas particuliers

37. Introduction. Deux questions particulières surgissent encore en matière de faillite et méritent quelques commentaires.

Premièrement, quel sort réserver à la compensation qui intervient durant la période suspecte ?

Deuxièmement, les dettes de la masse sont-elles sujettes à compensation ?

1. Compensation et période suspecte

38. Action en inopposabilité. Le régime des actes inopposables à la masse des créanciers en cas de faillite est instauré aux articles 17 à 21 de la loi sur les faillites²⁰⁴. Le système distingue les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives selon que le curateur doit prouver ou non le préjudice porté à la masse des créanciers²⁰⁵. Dans les deux cas, c'est au curateur qu'il appartient de décider s'il soulève, le cas échéant, l'inopposabilité²⁰⁶.

39. L'article 17, 2°, de la loi sur les faillites : une inopposabilité de droit. Les cas d'inopposabilité de droit sont repris à l'article 17 de la loi sur les faillites. L'article 17, 2°²⁰⁷, prévoit notamment que sont inopposables à la masse, les paiements par compensation pour dettes échues ou non échues lorsqu'ils ont été faits par le débiteur durant la période suspecte.

Seuls les paiements opérés par compensation conventionnelle, à l'exception de ceux soumis à la L.S.F. (voy. *infra*, n° 41), sont sanctionnés d'inopposabilité. La compensation légale n'est pas visée par l'article 17, 2°.

204 Voy. pour plus de précisions: C. CAUFFMAN, « Artikel 17-20 Faill.W. », in *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, Anvers, Kluwer, 2009, II.G.11-1 – II.G.11-41.

205 Voy. F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-275; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 33-48.

206 I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 440.

207 Cet article dispose que
« Sont inopposables à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements :

1° tous actes de disposition à titre gratuit portant sur des meubles ou immeubles, ainsi que les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour;

2° tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce;

3° toutes hypothèques conventionnelles et tous droits d'antichrèse ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

de la loi sur les faillites²⁰⁸. I. Verougstraete affirme qu'« Il ne s'agit pas de la compensation légale car les paiements faits par compensation légale, laquelle suppose deux dettes liquides et exigibles et opère de plein droit, sont valables, alors même que les créances et les dettes ne seraient devenues exigibles que durant la période suspecte »^{209 210}.

40. L'article 18 de la loi sur les faillites. L'article 18 sanctionne d'inopposabilité l'ensemble des actes onéreux de la vie commerciale passés par le débiteur lorsque le créancier a connaissance de l'état de cessation de paiement. Cet article porte donc également sur la compensation. On admet généralement que les « paiements, valables sous l'angle de l'article 17, 2°, de la loi sur les faillites, peuvent être déclarés inopposables à la masse s'ils interviennent dans les conditions visées à l'article 18 de la même loi »²¹¹.

41. Exclusion des actions en inopposabilité en présence de conventions de netting régies par la L.S.F. Comme nous l'avons déjà évoqué (*supra*, n° 27), l'article 16, § 3, de la L.S.F. consacre le principe selon lequel les conventions de compensation conclues en période suspecte sortissent leurs effets sans qu'elles ne puissent être attaquées par le curateur sur le pied des articles 17, 2°, et 18 de la loi sur les faillites²¹².

2. Compensation et administration de la masse par le curateur

42. Dettes de la masse et dettes dans la masse. Une *summa divisio* est généralement opérée entre les dettes de la masse et les dettes dans la masse.

Selon la Cour de cassation, les premières, constituent des engagements contractés *qualitate qua* par le curateur ou le liquidateur « en vue de l'administration de ladite masse notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société en vue d'assurer

208 Sous réserve d'une compensation organisée artificiellement (voy. Gand, 30 novembre 1995, T.R.V., 1996, p. 107 cité par F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, op. cit., p. 268).

209 I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 449. Voy. égal. F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, op. cit., p. 268; A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », op. cit., p. 28. Voy. aussi C. BODDAERT, « Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden », op. cit., pp. 240-255, n° 38.

210 Opinion déjà défendue sous l'empire de l'ancienne loi sur les faillites par H. De Page (H. DE PAGE, op. cit., 1936, p. 581, n° 645).

211 F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, op. cit., p. 264.

212 R. HOUBEN, « Contractuele compensatie na samenloop- De nieuwe regeling nader beschouwd », R.W., 2005-2006, pp. 1161-1172; F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, op. cit., p. 268; M. GRÉGOIRE, obs. sous C.C., 27 novembre 2008, J.T., 2009, p. 46.

l'administration convenable de la liquidation»²¹³ 214. Les dettes de la masse échappent au concours des créanciers et sont payées par le curateur avant toute répartition²¹⁵. Les secondes – les dettes dans la masse – regroupent les dettes qui sont soumises aux effets et restrictions du concours.

Deux cas de figure de compensation peuvent être envisagés.

43. Premier cas de figure : compensation entre deux dettes réciproques de la masse. La compensation entre dettes réciproques « de » la masse demeure autorisée²¹⁶. La raison est la suivante : les créanciers de la masse ne sont pas soumis aux effets du concours²¹⁷. Partant, le principe de la compensation est sauf et ne souffre pas de limitations.

44. Second cas de figure : compensation entre une dette de la masse et une dette dans la masse. On remarque en jurisprudence une première tendance qui visait à admettre la compensation entre une dette née avant et une dette née après le concours pour autant qu'il existe une étroite connexité entre les dettes réciproques²¹⁸. Cette solution n'a en réalité plus cours aujourd'hui. Les arrêts du 24 juin 2010²¹⁹ et du 4 février 2011²²⁰ de notre Cour suprême ont récemment censuré cette interprétation.

L'apparente simplicité que présentait la solution ancienne occulte les nombreuses subtilités avec lesquelles il faut jongler et composer aujourd'hui. L'examen des deux derniers arrêts importants de nos plus hautes juridictions nous permet de les mettre en évidence.

213 Voy. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, n° 3.4.2.17. avec les références citées ainsi que Cass., 26 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364.

214 Voy. pour une étude plus approfondie des notions et leur évolution : M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 42 et s.

215 Voy. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, n° 3.7.1.4-3.1.7.5, pp. 551-552.

216 A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 520. Voy. égal. Comm. Liège, 21 décembre 1982, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 93 cité par l'auteur. Voy. encore A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 488 ; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 492 et s. ; R. HOUBEN et I. PEETERS, « De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak », *R.D.C.*, 2011, p. 764.

217 R. HOUBEN, « Schuldvergelijking : opeisbaarheid, samenloop en volstorting » note sous Cass., 25 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, pp. 1562-1566 ; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 495.

218 Bruxelles, 3 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 215 (...) confirmé par Cass., 12 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 46, *R.W.*, 1996-1997, p. 269 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s. ; C. BODDAERT, « Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden », *op. cit.*, pp. 240-255, n° 34.

219 Cass., 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2010, pp. 265-271, *R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845, note R. HOUBEN.

220 Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 438, *R.W.*, 2011-2012, p. 488, note R. HOUBEN, *R.D.C.*, 2011, p. 877.

Dans sa décision du 24 juin 2010²²¹, la Cour de cassation indique « que la compensation reste toutefois, en principe, exclue, entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, fussent-elles connexes ». La Cour constitutionnelle, tout en nuance, emboîte ensuite le pas à la Cour de cassation. Dans sa décision du 13 décembre 2012²²², elle réajuste les critères d'appréciation adoptés par la Cour de cassation qui faisait fi d'une distinction plus idoine.

Ainsi, ce n'est plus le critère des dettes nées avant ou après qu'il y a lieu de retenir, mais bien celui des dettes dans la masse ou de la masse²²³.

La solution prônée par les auteurs²²⁴ repose sur la qualité de la créance :

- Si la créance invoquée à l'égard du failli est une créance dans la masse tandis que la créance du failli est née de l'activité du curateur (créance de la masse), alors la compensation ne pourra jamais trouver à s'appliquer, peu importe l'existence d'un lien de connexité ;
- À l'inverse, si la créance invoquée à l'égard du failli est une créance de la masse, alors la compensation pourra toujours être soulevée par le créancier pour être libéré à l'égard du failli dans la mesure où les créanciers de la masse échappent au concours.

Section 3

Compensation et réorganisation²²⁵

A. Historique

45. Le régime du concordat. La question de l'opposabilité des clauses de compensation s'est posée bien avant l'entrée en vigueur de la loi relative à la continuité des entreprises²²⁶. Sous l'empire de la loi sur le concordat, aujourd'hui abrogée, la Cour de cassation²²⁷ s'est prononcée en faveur de l'admissibilité de la compensation après le dépôt de la requête

221 Voy. *supra*, n° 35.

222 Voy. *supra*, n° 36.

223 On aperçoit, en filigrane, l'influence de l'abandon du critère chronologique pour la distinction entre dette de la masse et dette dans la masse.

224 M.E. STORME, *op. cit.*, p. 33 ; D. PASTEGER, « Actualités du droit des entreprises en difficulté », in *Chronique d'actualités en droit commercial*, CUP, vol. 143, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 245 ; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 492 et s. ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 654-655.

225 La présente partie s'inspire largement de notre contribution déjà publiée dans le *Journal des tribunaux* : F. GEORGES, « La compensation en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire », *J.T.*, 2014, p. 277.

226 L. 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

227 Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645. Voy. égal. Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 644.

en concordat pour autant qu'il y ait connexité²²⁸. La controverse sur l'existence ou non d'une situation de concours n'a toutefois pas été tranchée définitivement.

46. La continuité des entreprises. La loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (« L.C.E. »)²²⁹ a remplacé le régime du concordat judiciaire jugé trop lent, trop coûteux et totalement dépassé. Le législateur offre désormais au débiteur en difficulté la possibilité de recourir à trois procédures distinctes en vue de maintenir ses activités²³⁰. La conclusion d'accords individuels hors procédure est également favorisée par la loi²³¹.

47. La question de la naissance d'une situation de concours. L'opposabilité des clauses de compensation reste tributaire de l'application de l'article 1298 du Code civil et, par voie de conséquence, de l'émergence ou non d'une situation de concours²³². À l'instar des controverses nées à propos du concordat, la question du concours s'est également posée au sujet de la procédure de réorganisation judiciaire. Malgré l'indigence de la loi à cet égard, la doctrine majoritaire considère que ni le dépôt de la requête, ni l'ouverture de la procédure ne créent de situation de concours²³³. Par tant, il n'existe pas de masse. Le principe de l'égalité des créanciers ne doit pas être respecté²³⁴. Les débats quant à l'application de l'article 1298 du Code civil et l'opposabilité des clauses de compensation sont revenus sur le devant de la scène.

228 Voy. sur cette question, T. HÜRNER, « L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs », *J.T.*, 2006, pp. 633-641; M. GRÉGOIRE, « Le sort des créanciers et leurs garanties », in *L'entreprise en difficulté. Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 44-54; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, pp. 243-244.

229 L. 31 janvier 2009 relative la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

230 La réorganisation judiciaire par accord amiable, la réorganisation judiciaire par accord collectif ainsi que la réorganisation judiciaire par un transfert de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités sous autorité de justice constituent les trois instruments voués au redressement des entreprises.

231 Ces accords individuels seront opposables en cas de faillite ultérieure.

232 F. T'KINT emprunte, pour expliquer le concours, la définition de L. Vincent: le concours est « la rencontre due à l'initiative des créanciers ou à la volonté du législateur de prétentions contradictoires des créanciers sur un ou plusieurs biens du débiteur dont celui-ci a perdu la libre disposition » (F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 51).

233 W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 141 et s.; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 157 et s.; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 143; P. VAN OMMESSLAGHE, « La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité* (M. DAL et A. ZENNER coord.), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 143.

234 A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *op. cit.*, p. 144; P. VAN OMMESSLAGHE, « La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers », *op. cit.*, p. 143.

B. La compensation légale lors d'une procédure de réorganisation judiciaire

48. Une application du droit commun. Nous distinguons trois hypothèses. La première vise la compensation légale entre créances nées avant l'ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire. Elle demeure possible pour autant qu'elle réponde aux exigences habituelles sans qu'il y ait lieu de démontrer une quelconque connexité (voy. *supra*, n° 5)²³⁵.

La deuxième hypothèse concerne la compensation entre deux créances nées après l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire. Vu l'absence de création d'une situation de concours, la compensation reste normalement envisageable, à défaut de dérogation expresse du législateur.

La dernière hypothèse se rapporte à la compensation entre, d'une part, une créance née avant l'ouverture de la procédure et, d'autre part, une créance née après celle-ci (voy. sur cette dernière hypothèse *infra*, n° 49).

49. Les articles 34 et 49 de la L.C.E. Le législateur a tout de même entendu réglementer deux cas particuliers de compensation et les soumettre à une exigence de connexité.

Premièrement, la compensation entre, d'une part, une créance née avant le sursis et, d'autre part, une créance née au cours du sursis est régie par l'article 34 de la L.C.E. Cet article, qui a récemment fait l'objet d'un toilettage, dispose que « La compensation n'est permise au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes »²³⁶.

Deuxièmement, l'article 49 de la loi ajoute, pour les cas de réorganisation judiciaire par accord collectif, que le plan « peut encore prévoir que les créances sursitaires ne pourront être compensées avec des dettes du

235. La compensation entre deux créances nées avant la procédure mais dont les conditions de réciprocité, de fragilité et d'exigibilité sont réunies postérieurement au jugement octroyant le sursis pose toutefois question. La doctrine est divisée, tandis qu'aucune réponse tranchée ne ressort de la jurisprudence (voy. *infra*, n° 52, *in fine*).

236 L'exigence de connexité ne vaut que pour la compensation entre, d'une part, une dette du commerçant en réorganisation née avant le sursis et, d'autre part, une créance de ce même commerçant qui naît pendant le sursis. S'il s'agit de compensation entre, d'une part, une créance du commerçant en réorganisation née avant le sursis et, d'autre part, une dette dont il devient redevable pendant le sursis, la règle de l'art. 34 ne trouve pas application. Un retour au droit commun s'impose (voy. V. SAGAERT, « Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking. Over de groei(pijnen) van een verbintenisrechtelijk zekerheidsmechanisme », in *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenisrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 234-235 et M.E. STORME, *op. cit.*, pp. 32-33 qui utilisent les expressions de « actieve schuldverdeling » et « passieve schuldverdeling »).

créancier titulaire postérieures à l'homologation. Une telle proposition ne peut viser des créances connexes».

50. L'unique cas de concours. L'hypothèse spécifique de réorganisation par transfert sous autorité de justice mérite que l'on s'y attarde. Le principe selon lequel la L.C.E. n'institue pas de nouvelle situation de concours connaît, en effet, une exception. Le transfert sous autorité de justice conformément aux articles 65, 66 et 68 de la L.C.E. est reconnu comme une hypothèse de concours. Les effets du concours seront donc applicables. La compensation ne sera envisageable qu'en cas de connexité.

C. La compensation conventionnelle lors d'une procédure de réorganisation judiciaire

51. Le nouvel article 4 de la L.C.E. Outre les restrictions apportées au champ d'application *rationae personae* des articles 14 et 15 de la L.S.F.²³⁷, la loi du 26 septembre 2011²³⁸ a tenté de clarifier les interactions entre la L.S.F. et la L.C.E.

Ainsi, parallèlement au toilettage opéré à l'article 34 de la L.C.E.²³⁹, le champ d'application de la L.S.F. a été modifié. Dans la mesure où l'activation du *close-out netting*²⁴⁰ préjudicie, dans la pratique, la continuité des entreprises, il est préconisé d'en limiter les effets en cas de réorganisation^{241 242}. L'objectif est de trouver un « meilleur équilibre entre les intérêts des banquiers et des créanciers et la sauvegarde des activités économiques d'entreprises qui, parfois, rencontrent des difficultés passagères »²⁴³.

²³⁷ Voy. *supra*, n° 22.

²³⁸ L. 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011.

²³⁹ Voy. *supra*, n° 26.

²⁴⁰ Il s'agit de la compensation qui est précédée d'une exigibilité anticipée des créances à compenser sur la base d'une clause contractuelle. « Les clauses de *close-out* prennent souvent la forme d'une clause résolutoire ou d'une condition résolutoire » (R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *R.W.*, 2012-2013, p. 1526).

²⁴¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, pp. 5-11 ; R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *op. cit.*, p. 1526.

²⁴² Il existe, en effet, une contradiction patente entre les objectifs de la L.C.E. et ceux de la L.S.F. Tandis que la première loi tend à assurer la continuité de l'entreprise, la seconde fait primer les intérêts des créanciers qui peuvent se prévaloir notamment de conventions de *netting* et, ce faisant, compromettre la sauvegarde de l'entreprise (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, p. 5).

²⁴³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, p. 7.

L'article 4, § 3, de la L.S.F. dispose désormais que :

« Les articles 9, 9/1, 14 et 15 de la présente loi ne peuvent être invoqués²⁴⁴ dans les cas mentionnés ci-après, à moins que le créancier ne puisse se prévaloir d'un défaut de paiement :

a) quelle que soit la nature des créanciers, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne autre que celles visées à l'article 3, 11°, de la présente loi, pendant la durée de cette procédure ;

b) par un créancier qui est une personne autre que celles visées à l'article 3, 11° de la présente loi, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne morale publique ou financière, pendant la durée de cette procédure.

Le premier alinéa ne s'applique pas :

a) lorsque le créancier qui se prévaut d'une compensation ou d'une novation sur la base d'une convention de *netting* ne se prévaut pas également d'une clause résolutoire, d'une condition résolutoire ou de clauses et conditions de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation ;

b) en cas de réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle visée aux articles 8, 12 et 13 de la présente loi et en ce qui concerne tout recours dans ce cadre à une convention de *netting* ou aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation ;

c) aux sûretés réelles, conventions de *netting* et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, lorsqu'elles sont conclues au sujet de produits dérivés ou d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque Nationale de Belgique. Lors de la rédaction de cette liste de types d'opérations, le Roi tient compte de l'intérêt des mécanismes visés au premier alinéa pour le fonctionnement normal des opérations concernées et pour les marchés dans lesquels ils sont utilisés et de manière plus générale, des pratiques de marché belges et internationales ».

52. Non application des articles 14 et 15 de la L.S.F. C'est donc désormais la règle de l'interdiction du *close-out netting*²⁴⁵ qui gouverne la réorganisation judiciaire. Les articles 14 et 15 de la L.S.F., qui subordonnent l'opposabilité de la compensation lors d'une procédure d'insolvabilité à deux conditions, ne peuvent s'appliquer.

Un retour aux règles de droit commun s'impose : la compensation n'est permise après concours qu'entre dettes connexes qui existent préalablement à la survenance de ce dernier. La transposition de cette règle à la procédure de réorganisation judiciaire reste délicate vu l'inexistence d'une situation de concours et de droits acquis des tiers. Doit-on, dès lors, en revenir à une opposabilité de principe de la compensation conventionnelle²⁴⁶ ?

²⁴⁴ Nous soulignons.

²⁴⁵ Cette interdiction s'applique dès le dépôt de la demande et durant toute la procédure en réorganisation.

²⁴⁶ Les conditions de la L.C.E. sont en effet moins strictes que celles prévues dans la L.S.F. (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 488).

sous réserve de l'application des articles 34²⁴⁷, 49²⁴⁸ et 65 et s.²⁴⁹ de la L.C.E. ? Il s'agirait du « résultat logique de l'application des règles régissant la matière de la compensation »²⁵⁰. Ou doit-on, au contraire, exiger la démonstration d'un lien de connexité lorsque les conditions de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité sont réunies au cours du sursis²⁵¹ ?

Ce dilemme nous laisse perplexe. D'une part, l'exigence de connexité est incohérente compte tenu de l'absence de concours et l'inefficacité de l'article 1298 du Code civil. D'autre part, il nous semble tout à fait paradoxal d'aboutir à une opposabilité de principe de la compensation au regard de la volonté du législateur. La *ratio* de la loi du 26 septembre 2011, à savoir la primauté « de la continuité de l'entreprise sur les droits de certains créanciers isolés »²⁵², condamne cette interprétation²⁵³.

53. Les exceptions au principe de l'interdiction. La protection des articles 14 et 15 subsiste néanmoins dans différentes hypothèses. La compensation conventionnelle sera, par conséquent, opposable aux tiers²⁵⁴.

La première exception vise le défaut de paiement du débiteur à savoir le « non-paiement au moment où l'obligation de paiement est devenue exigible » qui se rapporte « (en ce qui concerne sa réalisation) à au moins une des obligations garanties par la sûreté réelle (...) ou à au moins une des obligations qui tombent dans le champ d'application de la convention de *close-out netting* »²⁵⁵.

Il s'agit là d'une entorse significative tant les hypothèses de défaut de paiement sont fréquentes en pratique en cas de réorganisation judiciaire.

247 Deux courants existent au sein de la doctrine sur la portée à conférer à la notion de connexité exigée par l'art. 34 de la L.C.E. Le premier courant entend limiter le concept à une connexité exclusivement objective (C. BODDAERT, « Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden », *op. cit.*, p. 254). Le second estime, par contre, que la connexité purement conventionnelle satisfait à l'art. 34 (W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 154; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 169).

248 *Voy. supra*, n° 49.

249 *Voy. supra*, n° 50.

250 M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, *op. cit.*, p. 213. *Voy. en ce sens* I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 167-169.

251 A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER indiquent qu'« il a été opiné » que cette compensation « ne serait admise qu'en cas de connexité » sans toutefois approuver cette position (A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *op. cit.*, p. 165, n° 116).

252 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, pp. 6-7.

253 On peut même se demander si rendre inopposables les clauses de compensation en cas de procédure de réorganisation judiciaire n'aurait pas permis d'éviter cet écueil.

254 Le lien de connexité est présumé. Peu importe également que les conditions de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité soient réunies après l'ouverture de la procédure de réorganisation (M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, *op. cit.*, p. 212).

255 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, p. 9.

La notion de défaut de paiement est, par ailleurs, comprise dans un sens large en droit belge²⁵⁶. La théorie de l'abus de droit conserve néanmoins son rôle de garde-fou²⁵⁷. L'abus sera sanctionné par « la réduction du droit à son usage normal »²⁵⁸: le créancier sera privé de son droit de se prévaloir de la clause de compensation.

Ensuite, dans la mesure où l'interdiction cible le *close-out netting*, la compensation reste opposable si elle est sollicitée sans que des clauses ou conditions résolutoires ou d'autres dispositions concernant la résiliation anticipée ne soient invoquées²⁵⁹.

Troisièmement, lorsque les créanciers et débiteurs sont des personnes morales publiques ou financières, ils échappent à l'interdiction du *close-out netting*.

On retrouve encore, à titre d'exception, l'hypothèse où la compensation est invoquée dans le cadre d'un gage sur instrument financier, d'un transfert de propriété à titre de garantie ou d'une opération de cession-rétrocession. Cette exception répond au souci de maintenir l'attractivité de la place financière belge²⁶⁰.

La dernière exception concerne uniquement les produits dérivés et les opérations sur instruments financiers. Le législateur a entendu garantir « le fonctionnement des clauses de *close-out netting* et des sûretés dans le cadre de produits financiers »²⁶¹. Ces produits dérivés et opérations sur instruments financiers sont repris et décrits dans l'arrêté royal du 7 novembre 2011²⁶².

54. Conclusion. En guise de conclusion, le lecteur est invité à découvrir schématiquement le labyrinthe de la compensation²⁶³.

256 R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *op. cit.*, pp. 1528.

257 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, p. 9; R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *op. cit.*, p. 1528. *Voy. aussi sur la question*, N. VAN LANDUYT, « Schuldvergelijking en rechtsmisbruik in het kader van de wet continuïteit ondernemingen », *R.A.B.G.*, 2011, pp. 667-675.

258 P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 465.

259 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1714/002, pp. 9-10.

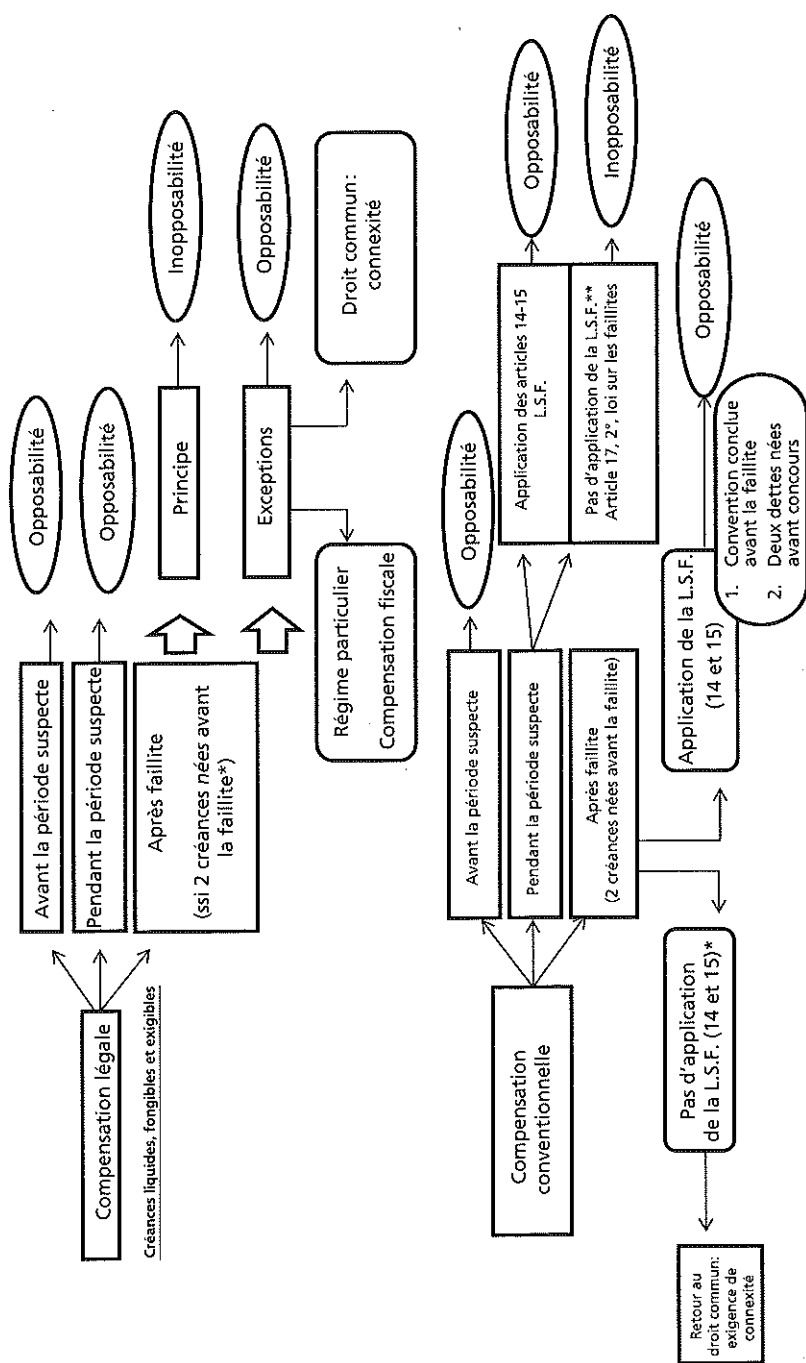
260 R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *op. cit.*, p. 1528.

261 F. GEORGES et C. MUSCH, *op. cit.*, p. 93.

262 A.R. du 7 novembre 2011 déterminant les produits dérivés et autres opérations financières visés à l'art. 4, §§ 3 et 4, de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 10 novembre 2011.

263 Les schémas doivent être lus en parallèle avec les développements et nuances explicités dans la présente contribution.

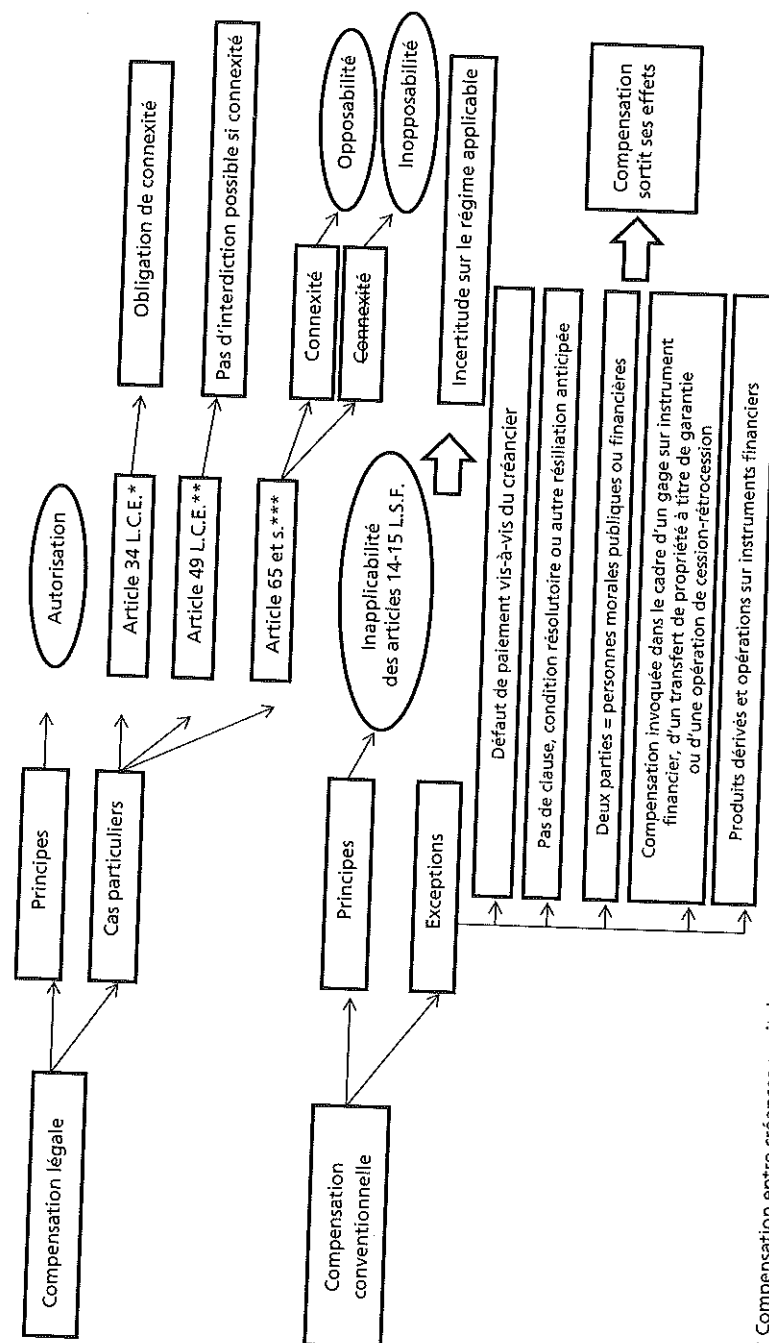
LA COMPENSATION ET LA FAILLITE (PRINCIPES GÉNÉRAUX)



* La compensation qui implique des dettes de la masse n'est pas intégrée dans le présent schéma

** Conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes et/ou conditions des articles 14-15 non réunies.

LA COMPENSATION ET LA CONTINUITÉ DES ENTREPRISES (PRINCIPES GÉNÉRAUX)



* Compensation entre créances sursitaires et créances non sursitaires.

** Accord collectif : plan prévoyant une interdiction de la compensation entre les créances sursitaires avec les dettes du créancier titulaire postérieures à l'homologation.

*** Réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.